

Trabajo de Fin de Grado
Derecho Penal,
Grado en Derecho, 4º curso
Curso académico 2015-2016

**LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL EN LA
JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL:**
ANÁLISIS DEL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
PENAL INTERNACIONAL EN EL ENJUICIAMIENTO DE LOS
MÁXIMOS RESPONSABLES

Patricia Toro Lozano

Directora: María José Rodríguez Puerta

UAB
Universitat Autònoma
de Barcelona

Facultat de Dret

Fecha de entrega: 04.07.2016

“Es intentando lo imposible como se realiza lo posible”

HENRI BARBUSSE

AGRADECIMIENTOS

Me gustaría, antes de todo, agradecer a mi tutora, María José Rodríguez Puerta, su infinita paciencia, dedicación y ayuda, no sólo por estar siempre dispuesta a guiarme en la elaboración de este trabajo, sino también por apoyarme continuamente e invertir los dos últimos años en enseñarme los entresijos del derecho penal.

Del mismo modo, quiero agradecer también a Claudia Jiménez Cortés el introducirme en el estudio del Derecho Internacional Público y la defensa de los derechos humanos a través del seminario de Derecho Penal Internacional sobre la Corte Penal Internacional.

No puedo más que darle las gracias a ambas por aceptarme como concursante en el Concurso de Simulación Judicial ante la Corte Penal Internacional, del que nace este trabajo y, sobretodo, por su empeño y sacrificio tanto conmigo como con el equipo.

Por último, pero no menos importante, quiero dar las gracias a mis colegas, y sobretodo amigas, del equipo de Simulación: Alejandra, Julia y Andrea, por ser las mejores compañeras de viaje en este proceso.

Sin duda, conocer el Derecho Penal Internacional de este modo y con esta compañía ha sido especialmente instructivo y una experiencia personal muy gratificante.

RESUMEN

La atribución de responsabilidad es el eje conductor de cualquier sistema penal nacional. En el ámbito de la justicia internacional ello toma una nueva dimensión, pues las características que definen los crímenes de atrocidad internacionales hacen que los sistemas penales tradicionales no sean suficientes para identificar y delimitar la responsabilidad de todos aquellos que participaron en la comisión de crímenes especialmente inhumanos y devastadores. Por esa razón, se requiere de la construcción de nuevos modelos de atribución de responsabilidad que permitan conseguir el objetivo de la justicia penal internacional: evitar la impunidad de los criminales y la repetición de crímenes de tal naturaleza.

En este punto, es primordial la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales que, mediante la interpretación de sus propias normas legales, han dado lugar a sistemas de imputación muy dispares.

El objeto de este trabajo es comparar la postura adoptada por los Tribunales Internacionales *ad hoc* con el posicionamiento de la Corte Penal Internacional, toda vez que se estudia el impacto que ha tenido la jurisprudencia de esta última en el desarrollo del derecho penal internacional.

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS	11
I. INTRODUCCIÓN: LA IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN EL MARCO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL....	13
II. EL DEBATE CENTRAL: LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL VS LA RESPONSABILIDAD ESTATAL	18
III. LA FORMULA LEGAL ACORDADA EN EL ESTATUTO DE ROMA	22
1. EL ELEMENTO OBJETIVO	22
I. Artículo 25 ER	22
II. Artículo 28 ER	24
2. EL ELEMENTO SUBJETIVO (ART. 30 ER)	25
IV. DEL CONCEPTO UNITARIO Y SUBJETIVO DE AUTOR AL CONCEPTO OBJETIVO MATERIAL	28
1. LA EMPRESA CRIMINAL COMÚN	28
I. Primera categoría: “básica”	30
II. Segunda categoría: ‘sistemática’	31
III. Tercera categoría: ‘extendida’	31
2. LA TEORÍA DEL DOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO	34
V. LA INTERPRETACIÓN DE LA CORTE DEL ARTÍCULO 25 ER A LA LUZ DE LA TEORÍA DEL DOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO.....	36
1. LA EXISTENCIA DE UNA JERARQUÍA	36
2. FORMAS DE AUTORÍA	37
I. El autor directo o inmediato	37
II. Autor mediato	38
III. Coautoría.....	39
IV. Especial referencia a la autoría a través de estructuras organizadas de poder	42
3. LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN	45
I. Orden, solicitud e inducción	45
II. Complicidad, encubrimiento, colaboración.....	47
III. La contribución al plan común de un grupo	50
VI. CONCLUSIONES	64
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	69
1. TEXTOS LEGALES	69
2. JURISPRUDENCIA	69
3. DOCTRINA	72
4. OTROS DOCUMENTOS OFICIALES	74

LISTA DE ABREVIATURAS

CPI: Corte Penal Internacional

DPI: Derecho Penal Internacional

ECC: Empresa Criminal Común

EOP: Estructura Organizada de Poder

ER: Estatuto de Roma

SCP: Sala de Cuestiones Preliminares

SPI: Sala de Primera Instancia

TDH: Teoría del Dominio del Hecho

TPIR: Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TPIY: Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia

I. INTRODUCCIÓN: LA IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN EL MARCO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La Corte Penal Internacional (en adelante, CPI o Corte) surge como una institución destinada a perseguir y castigar “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional”, aquellas “atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad” y que, por tanto, “constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”¹.

Estas son las palabras empleadas por el Estatuto de Roma de la CPI (en adelante, ER o Estatuto) para definir el objetivo de la Corte: perseguir y castigar los crímenes más graves que, por su carácter devastador, se considera que afectan al conjunto de la sociedad internacional².

De este modo, la Corte no puede juzgar cualquier delito, sino que su competencia se restringe al Crimen de Genocidio, los Crímenes de Lesa Humanidad, los Crímenes de Guerra y el Crimen de Agresión³. Estos crímenes se caracterizan porque su comisión se produce en situaciones donde los hechos ilícitos se llevan a cabo a gran escala o se repiten en el tiempo siguiendo patrones de conducta que responden a una política o práctica de un Estado o de una organización⁴.

Para poder apreciar la magnitud que alcanzan estos delitos y su impacto en la sociedad internacional, basta con referirnos, por ejemplo, a los informes elaborados por la Organización de las Naciones Unidas que indican que aproximadamente la mitad de la población de Bosnia y Herzegovina fue víctima de desplazamientos

¹ Preámbulo al ESTATUTO DE ROMA (en adelante, ER), adoptado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional el 17 de julio de 1998.

² Art 5 ER: Crímenes de la competencia de la Corte

³ *Ibid.*

⁴ OLÁSULO, H., “Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional”, Tirant lo Blanch, 1ª ed., Valencia, 2013, p.39

internos durante el conflicto que tuvo lugar entre 1992 y 1995⁵, o que entre quinientos mil y ochocientos mil civiles fueron asesinados en Ruanda entre abril y junio de 1992⁶.

En esta tesitura, hallar y juzgar a los verdaderos responsables de los crímenes, es decir, aquellos que están en la cúspide de la organización criminal, deviene el objetivo final de la CPI. Como señala el preámbulo del ER, el propósito de la CPI no es otro que “poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes”⁷ y evitar su repetición. Y ello es especialmente relevante en el contexto de la justicia penal internacional, ya que crímenes como los que nos ocupan, por su propia naturaleza y por la gravedad que revisten, tiene un alcance que trasciende a la actuación individual.

Los delitos de esta naturaleza se enmarcan en el actuar conjunto de una organización, cuyos líderes pueden ser considerados los responsables de la perpetración de dichas atrocidades cuando, sin embargo, en la casi totalidad de los casos, la ejecución material del acto criminal es llevada a cabo por sujetos distintos. Esto se debe a que, con asiduidad, en el derecho penal internacional (en adelante, DPI), los crímenes son perpetrados por grupos de individuos que actúan en ejecución de un “plan (o política) criminal común”⁸.

En este sentido, a diferencia de lo que ocurre en el plano nacional, uno de los rasgos característicos de estos crímenes se encuentra en que el grado de responsabilidad

⁵ Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, “Final Report of the Commission of Experts established pursuant to Security Council Resolution 780 (1992)” (de 27 de mayo de 1994) UN Doc. S/1994/674; “Annexes to the Final Report of the Commission of Experts established pursuant to Security Council Resolution 780 (1992)” (de 28 de diciembre de 1994) UN Doc. S/1994/674/Add. 2 (vol. II).

Al respecto, véase también, BASSIOUNI, M.C., “The United Nations Commission of Experts Established pursuant to Security Council Resolution 780” (1994) 88 AJIL 784.

⁶ Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, “Preliminary Report of the Independent Commission of Experts in accordance with Security Council Resolution 935 (1994)” (de 4 de octubre de 1994) UN Doc. S/1994/1125; Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, “Final Report of the Commission of Experts Established pursuant to Security Council Resolution 935 (1994)” (de 9 de diciembre de 1994) UN Doc. S/1994/1405.

⁷ Como señala el preámbulo al ER: “*Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes*”.

⁸ TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA (en adelante, TPIY), “PROSECUTOR V. TADIC (Appeals Chamber Judgement)”, n°ICTY-94-1-A, 15.06.1999 (en adelante, sentencia de apelación en el caso TADIC), paras.191 y 220.

penal no disminuye al incrementarse la distancia con la escena del delito, sino más bien todo lo contrario, aumenta⁹ y significativamente. Por norma general, cuanto mayor es el rango del acusado, mayor responsabilidad se le atribuye en relación a los hechos que se le imputan¹⁰.

Por consiguiente, uno de los problemas más importantes que se plantean en este tipo de procesos ante la justicia penal internacional¹¹ es, precisamente, la determinación de la naturaleza de la responsabilidad penal específica en la que ha incurrido el acusado por los hechos imputados¹².

En el contexto del DPI, es usual que los dirigentes se encuentren alejados del lugar en el que se cometen los delitos -y no sólo geográficamente¹³-, de modo que no tienen contacto alguno con los miembros de rango inferior de la organización que ejecutan los crímenes (“autores materiales”)¹⁴. Es por ello, que la gravedad de sus acciones u omisiones no se ve reflejada de forma satisfactoria por las formas de autoría y participación tradicionalmente adoptadas por los sistemas nacionales de derecho penal¹⁵.

⁹ *Id.* para.16.

¹⁰ *Cit.* OLÁSOLO, H., “Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional”, p.40.

¹¹ Dejando al margen que, además de las dificultades que son objeto de este trabajo, hay que tener en cuenta que en el plano del DPI no es extraño que la comisión de los crímenes que nos ocupan corresponda precisamente a estructuras estatales, que dotan de inmunidad a aquellos que, a todas luces, podrían ser considerados los máximos responsables del plan criminal. Aunque el análisis del problema que plantean las inmunidades no es objeto de este trabajo, no puede negarse el impacto directo que tiene sobre la “lucha contra la inmunidad” de la que veníamos hablando.

¹² SCHABAS, W.A, “An Introduction to the International Criminal Court”, 3ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p.105.

¹³ Nos referimos aquí a la existencia de una escala de mando, donde las órdenes dadas por los líderes se van concretando y transmitiendo por los distintos mandos intermedios hasta llegar al subordinado que finalmente ejecuta el hecho criminal.

¹⁴ *Cit.* OLÁSOLO, H., “Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional”, p.42.

¹⁵ Por ejemplo, en el caso del Derecho Penal Español, no se contemplaría la figura de la autoría mediata, cuando se puede considerar responsable también a aquel que ejecuta el hecho punible (*perpetrator behind the perpetrator*). De este modo, solamente podría atribuirse responsabilidad como “inductor” al que dio la orden. En consecuencia, el ejecutor sería el responsable principal, y el que dio la orden sería un partícipe. Trasladar esto al Derecho Internacional carece de sentido y frustraría su finalidad, pues en la mayoría de crímenes internacionales, también puede exigirse responsabilidad al subordinado que ejecuta.

Así, la Corte de Jerusalén en el caso EICHMANN señaló que:

*“En un crimen tan enorme y complicado, como el que estamos considerando aquí, en el que han participado muchas personas en distintos niveles y en varias formas de actividad – planificadores, organizadores y quienes ejecutaron los actos, de acuerdo con sus distintos rangos– no es adecuado aplicar los conceptos comunes de asistir o inducir a la comisión del delito. Pues estos delitos fueron cometidos en masa, no sólo con respecto al número de víctimas, sino también con respecto al número de quienes participaron en el delito, y la medida en que cada uno se encontraba próximo, o alejado, del que realmente mató a la víctima no significa nada en cuanto al grado de su responsabilidad. Por el contrario, en general el grado de responsabilidad aumenta cuanto más alejado se esté del hombre que con sus manos hace funcionar el instrumento fatal y más se acerque uno a los rangos más altos de la cadena de mando, a los ‘inductores’ en el lenguaje de nuestra ley. En cuanto a las víctimas que no murieron, pero a las que se impusieron condiciones de vida dirigidas a provocar su destrucción física, es especialmente difícil definir en términos técnicos quién cooperó con quién: aquél que atrapó a las víctimas y las deportó al campo de concentración o aquél que las obligó a trabajar allí.”*¹⁶

Del mismo modo, se ha expresado la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (en adelante, TPIY) en el caso TADIC:

*“Bajo estas circunstancias, afirmar la responsabilidad penal como autor sólo de la persona que materialmente realiza el acto delictivo despreciaría la función de coautores de todos aquellos que de alguna manera colaboraron con el autor material a llevar a cabo el acto delictivo. Al mismo tiempo, dependiendo de las circunstancias, sostener la responsabilidad de estos últimos sólo como cooperadores podría subestimar el grado de su responsabilidad penal.”*¹⁷

Sentado lo anterior, desde el momento en que se deja de considerar como único autor al ejecutor material del crimen, es necesario establecer (o desarrollar) nuevas figuras de atribución de responsabilidad que permitan desplazarla a una esfera de poder superior, respecto de las personas que planificaron y organizaron la comisión del delito.

El DPI no ha establecido estos conceptos¹⁸. Por el contrario, estas nuevas formas de imputación de responsabilidad tienen su origen en los sistemas penales nacionales, y

¹⁶ Corte de Israel, “ATTORNEY GENERAL V. ADOLF EICHMANN” (1968), 36, ILR, 18, para.197.

¹⁷ Sentencia de apelación en el caso TADIC, para.192.

¹⁸ Cit. OLÁSOLO, H., “Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional”, p.43

han sido utilizados particularmente en relación con el crimen organizado, por ejemplo, en los casos relacionados con el tráfico de drogas, los delitos económicos o incluso el terrorismo, donde el número de personas involucradas y la complejidad de las organizaciones a través de las que operan es mucho mayor que en los delitos ordinarios¹⁹. No obstante, precisamente, es el DPI el que ha permitido el desarrollo y ha dotado de entidad propia a estos conceptos de imputación criminal.

A la vista de lo anterior, lo perseguido en este trabajo es comparar las distintas teorías de atribución de responsabilidad en el caso de crímenes internacionales y, en concreto, confrontar la doctrina de la Empresa Criminal Común (en adelante, ECC) adoptada por los tribunales *ad hoc* con la Teoría del Dominio del Hecho (en adelante, TDH) que emplea la CPI. Para ello, se procederá a analizar la jurisprudencia de la CPI referente a la interpretación del art. 25 ER, con el fin de determinar su impacto en la persecución de los máximos responsables de los crímenes internacionales.

Ahora bien, como precaución inicial, es importante destacar que, siguiendo a AMBOS, “el Estatuto de Roma no es precisamente un depurado código de Derecho penal y procesal penal desde el punto de vista dogmático, ni podía serlo. Pero es un intento de hacer concurrir los modelos de justicia criminal de más de 150 Estados dentro de un sistema legal más o menos aceptable para la mayoría de las delegaciones presentes en Roma”²⁰. De aquí la relevancia de la jurisprudencia de la CPI²¹, que será fundamental para lograr que el sistema de responsabilidad penal fijado en el Estatuto cumpla con el objetivo contenido en su preámbulo, a saber, perseguir y castigar a los verdaderos responsables de los crímenes más atroces.

¹⁹ TPIY, “PROSECUTOR V. STAKIC (Judgment)”, n°ICTY-97-24-T, 31.07.2003, para.439, se refiere expresamente al uso de estas nociones en el contexto de los delitos de cuello blanco y otras formas de criminalidad organizada.

²⁰ AMBOS, K. “Principios generales de derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en *Temas del derecho penal internacional*, Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 2001, p.1

²¹ La Corte Penal Internacional es la intérprete auténtica del ER, véase al respecto el artículos 4 y 21 ER

II. EL DEBATE CENTRAL: LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL VS LA RESPONSABILIDAD ESTATAL

En el contexto anterior, de la necesidad de perseguir a los verdaderos responsables de los crímenes más graves, surgen los artículos 25 y 28 del ER, cuyo objeto es la regulación de las distintas formas de intervención criminal que dan lugar a responsabilidad penal en el marco de la CPI.

Antes de proceder al estudio de estos preceptos, y a la interpretación que ha hecho de ellos la Corte, conviene detenernos en el análisis de la opción que se escogió durante la redacción del ER en lo que atañe a la imputación de responsabilidad.

Así pues, la redacción actual del art. 25(1) ER señala de forma expresa que la responsabilidad penal es individual²². Ello quiere decir que, únicamente, responderán ante la CPI las personas naturales, no las personas jurídicas. Esta es una de las principales características distintivas de la Corte en la jurisdicción penal supranacional, ya que, a diferencia de otros tribunales internacionales que conocen de la responsabilidad de los Estados²³, la CPI tiene competencia única y exclusivamente sobre los individuos.

La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no ha sido pacífica en la constitución de la CPI²⁴. De hecho, fue objeto de arduas discusiones durante la redacción del ER. Ello es lógico pues, al fin y al cabo, es uno de los aspectos que iba a permitir delimitar el alcance de la competencia de este tribunal.

²² Artículo 25(1) ER: “*De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las **personas naturales***”

²³ Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

²⁴ *Cit.* AMBOS, K., “Principios generales de derecho penal...”, p.4

El origen de esta discusión se encuentra en una propuesta planteada por Francia²⁵ en la que defendió la posibilidad de que la Corte tuviese competencia también respecto de las personas jurídicas, incluidos los Estados. Se presentó así una opción novedosa, pues si bien es pacíficamente aceptado que los Estados tienen responsabilidad²⁶, nunca se había considerado pudiera exigírseles penalmente. Esta posición no triunfó, sin embargo, y el resto de Estados se opusieron a ella, con lo que la propuesta final presentada por el grupo de trabajo²⁷ se limitó a incluir las sociedades privadas, excluyendo a los Estados y a otras organizaciones públicas y sin ánimo de lucro. Además, dicha responsabilidad se relacionó con la responsabilidad penal individual de quienes ocupan una posición de control en tanto que son principales miembros de una sociedad mercantil y cometen el delito actuando en su nombre, con el explícito consenso de la misma y en el decurso de sus actividades. De esta forma, el antiguo artículo 23 del proyecto del ER (actual art. 25 ER), recogía la posibilidad de esta responsabilidad como sigue:

“5. La Corte también ejercerá jurisdicción sobre las personas jurídicas, a excepción de los Estados, cuando los crímenes se hayan cometido en nombre de ellas o por sus agentes o representantes.

*6. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la responsabilidad penal de las personas naturales que hayan actuado en calidad de autores o cómplices de esos mismos crímenes.”*²⁸

²⁵ “Official Records of the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court (Reports and other documents), Documents of the Working Group on General Principles of Criminal Law”, en *Working papers*, U.N. Doc. A/CONF.183/C.1/L.3 (1998), artículo 23(5).

²⁶ En ese sentido, véase los Tribunales que juzgan la responsabilidad de los Estados a que nos hemos referido (*vid. supra*. nota 23); o la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el “Proyecto de Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobados definitivamente en la 53ª sesión de julio-agosto, 2010 (doc. A/56/10/Supl.10)”, Res.nº56/83, 12.12.2001.

²⁷ *Vid. Supra*. nota 25

²⁸ “Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional”, en *cit.* “Official Records of the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment...”, A/CONF.183/C.1/L.3,1998. Art. 23.

Sin embargo, en el mismo texto se manifestaba la falta de consenso respecto a esta cuestión, pues la nota a pie de página referente a este artículo señalaba que:

*“Existe una profunda divergencia de opiniones por lo que se refiere a la conveniencia de incluir en el Estatuto la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Muchas delegaciones se oponen firmemente a ello, en tanto que algunas son firmemente partidarias de la inclusión. Otras mantienen una posición abierta. Algunas delegaciones consideraron que el hecho de incluir únicamente la responsabilidad civil o administrativa de las personas jurídicas podría constituir una solución intermedia. No obstante, esa posición no se ha examinado detenidamente. Varias delegaciones partidarias de la inclusión de las personas jurídicas consideraron que el término en cuestión debería hacerse extensivo a las organizaciones sin personalidad jurídica.”*²⁹

Finalmente, y como se aprecia en la actual redacción del art. 25 ER, esta propuesta también fue rechazada, de modo que, el ER se apartó de lo que había sido dispuesto en otros tribunales penales internacionales, como, por ejemplo, el Tribunal Militar Internacional de Núremberg³⁰, que contemplaba la responsabilidad de las organizaciones criminales³¹.

Según AMBOS, son diversas las razones que condujeron a esta conclusión. En primer lugar, la inclusión de responsabilidad colectiva no es compatible con la jurisdicción de la CPI, cuyo objetivo es enjuiciar a los individuos. En segundo lugar, la determinación de la responsabilidad de las personas jurídicas a la larga, acarrearía graves e insuperables problemas de prueba. En opinión del autor, la razón de fondo que explica esta decisión³² se encuentra en que, hoy en día, todavía no hay un reconocimiento universal de criterios comunes sobre la responsabilidad de las personas jurídicas y, de hecho, en la mayoría de los modelos penales no siempre se reconoce³³.

²⁹ *Id.*

³⁰ ESTATUTO DEL TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NUREMBERG, de 1945. Art.10: “*En el supuesto de que un grupo u organización sea declarado criminal por parte del Tribunal [...]*”.

³¹ LIROLA DELGADO, I; MARTÍN MARTÍNEZ, M, “La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad”, Ariel Derecho. Barcelona, 2001, p.142.; Y considerando todas las matizaciones oportunas sobre la naturaleza de este tribunal.

³² Y, en mi opinión, la que ciertamente ocasionó este rechazo.

³³ *Cit.* AMBOS, K. “Principios generales de derecho penal...”, p.5.

En consecuencia, la ausencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la mayor parte de los Estados hace inaplicable esta noción en el ámbito de la CPI³⁴, pues recordemos que ésta no deja de ser fruto de un tratado internacional, y por tanto, es el resultado de un acuerdo de voluntades entre Estados donde tuvieron que confluir tradiciones penales muy distintas.

Por último, conviene hacer un breve apunte en relación a la responsabilidad del Estado. Si bien ha quedado claro que la CPI no tiene competencia respecto de éste, el apartado 4º del art. 25 ER señala que nada de lo dispuesto en él “afectará a la determinación de la responsabilidad del Estado conforme al Derecho Internacional”. En consecuencia, el hecho de que la CPI únicamente tenga competencia para juzgar a los individuos no impedirá que, en otras instancias, se pueda enjuiciar la responsabilidad que corresponde al Estado, sin que ello incida en la decisión de la Corte. Del mismo modo, la responsabilidad penal individual que atribuya la Corte al individuo no tendrá por qué influir en el enjuiciamiento, si se produce, del Estado.

Des de mi punto de vista, la finalidad del art.25(4) ER, ahora objeto de reflexión, no es únicamente subrayar la distinción entre las formas de responsabilidad y la competencia exclusiva de la Corte respecto de la responsabilidad penal individual, sino que va más allá. Esta última norma, en mi opinión, busca lidiar con un peligro latente en la justicia trasnacional. Esto es, que los distintos tribunales internacionales actúen entre sí como obstáculo para impedir que se atribuya la responsabilidad que corresponde tanto a los individuos como a los Estados.

Si la finalidad de la Corte es poner fin a la impunidad, era de vital importancia definir un proceso en el que los distintos sistemas de responsabilidad internacional no se solaparan y anularan, sino que se complementasen, y así se ha hecho con el artículo 25(4) del ER.

³⁴ *Ibid.*

III. LA FORMULA LEGAL ACORDADA EN EL ESTATUTO DE ROMA

1. EL ELEMENTO OBJETIVO

Situados en el contexto anterior, ahora corresponde estudiar la fórmula legal que se adoptó en la redacción del ER para determinar la responsabilidad penal individual.

Como observación previa, debemos tener en cuenta que, como en cualquier otro sistema penal, a la hora de atribuir responsabilidad, el ER distingue entre los elementos objetivos (*actus reus*) regulados en los artículos 25 y 28 ER y los elementos subjetivos (*mens rea*)³⁵, contenidos en el art. 30 ER. A continuación se hará una breve descripción de estos artículos para situarnos en el contexto del Estatuto y, así, poder centrarnos posteriormente en el estudio del art. 25 ER y su interpretación.

i. ARTÍCULO 25 ER

Esta norma³⁶ establece un sistema de responsabilidad penal individual en el que *a priori* no se distingue entre distintas categorías de intervención criminal. Es decir, no se

³⁵ Cit. AMBOS, K. "Principios generales de derecho penal...", p.15.

³⁶ "Artículo 25 ER. Responsabilidad penal individual

1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.

2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.

3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;

b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;

c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;

d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:

i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o

ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;

e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;

f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consume no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

diferencia entre autores, partícipes y los distintos subtipos que podrían incluirse en cada una de estas categorías. El precepto, en su apartado tercero, se limita a describir un conjunto de conductas que dan lugar a responsabilidad penal individual³⁷, sin *prima facie* incluir una jerarquía o clasificación.

Si bien esta cuestión ha sido objeto de controversia en la CPI e integra uno de los aspectos más relevantes en materia de responsabilidad penal supranacional³⁸, el legislador de la Corte no hizo referencia alguna a esta cuestión en los trabajos preparatorios del ER y ha tenido que ser la jurisprudencia la que ha delimitado el alcance del artículo para determinar si efectivamente incorporaba distintas categorías de participación jerarquizadas o si, por el contrario, el conjunto de conductas definidas englobarían un único concepto de perpetrador criminal.

Esta no es una cuestión baladí, más bien todo lo contrario. Justamente, es la controversia de la que arranca uno de los cambios más relevantes en materia de atribución de responsabilidad penal individual. Como se analizará con profundidad en apartados posteriores, la CPI ha abandonado las teorías de la imputación de responsabilidad adoptadas hasta la fecha por los tribunales penales internacionales y ha acogido un nuevo sistema que permite interpretar el art.25 ER en términos más modernos.

No obstante, corresponde ahora, antes de entrar en la discusión sobre su alcance, realizar una primera aproximación al contenido del art. 25 ER. Para ello, resulta de interés lo indicado por AMBOS, quien entiende que el núcleo de la responsabilidad penal

4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional.”

³⁷ Siempre que, concurra también el elemento subjetivo conforme señala el art. 30(1) ER: “*Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen*”

³⁸ Véase al respecto: Caso FISCALÍA V. THOMAS LUBANGA DYILO “Sentencia conforme al artículo 74 del Estatuto”, n°ICC-01/04-01/06-2842, 14.03.2012, (en adelante, Sentencia de condena en el caso LUBANGA), Voto particular del Juez ADRIAN FULFORD para.6; o el Caso FISCALÍA V. CALLIXTE MBARUSHIMANA, “Decisión sobre la confirmación de cargos”, n°ICC-01/04-01/10-465-Red, 16.12.2011 (en adelante, Confirmación de Cargos en el caso MBARUSHIMANA), Opinión separada de la magistrada SILVIA FERNÁNDEZ DE GURMENDI, paras.30-34

individual se encuentra en los apartados (a), (b) y (c) del artículo 25(3) ER, mientras que, en opinión del autor, el resto del precepto [es decir, los apartados (1), (2) y (4)] vienen a reafirmar lo obvio³⁹, es decir, a reconocer la responsabilidad penal individual y la consiguiente validez de las reglas de la responsabilidad estatal.

Por otro lado, en los sub-apartados (d), (e) y (f) del artículo 25(3) ER, se establecen determinadas formas de extensión de la responsabilidad: la contribución a la comisión o intento de comisión de un delito por un grupo, la incitación al genocidio y la tentativa. De este modo, un individuo será responsable por un crimen comprendido en el ER, tanto si realiza, como si toma parte o intenta un delito de conformidad con los sub-apartados anteriores.

ii. ARTÍCULO 28 ER

Este amplio espectro de responsabilidad se complementa con la regla específica sobre el mando y la responsabilidad del superior contenida en el artículo 28 ER⁴⁰, cuyo

³⁹ Tras el análisis anterior y valorando las discusiones previas al ER, disiento de la opinión de AMBOS en el sentido de que la cuestión de la competencia exclusiva respecto de la responsabilidad penal individual no es una cuestión tan obvia como podría haberse planteado.

⁴⁰ “Artículo 28. Responsabilidad de los jefes y otros superiores

Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento”.

objeto es regular la responsabilidad del superior, un concepto tradicional en el DPI⁴¹, y que en el estatuto se establece como una responsabilidad residual y omisiva por la falta de control adecuado sobre los subordinados⁴². Sin embargo, no entraremos a analizar este artículo pues se excede del objeto de este trabajo.

En conclusión, considerándolos conjuntamente, los artículos 25(3) y 28 ER contienen un complejo conjunto de reglas objetivas de autoría que pueden dividirse en reglas básicas de responsabilidad penal individual y en reglas de extensión de la imputación y, aún más importante, que pueden ser caracterizadas como formas específicas de participación⁴³.

2. EL ELEMENTO SUBJETIVO (ART. 30 ER)

Una vez examinada la parte objetiva, sólo resta hacer breve mención al elemento subjetivo regulado en el art. 30 ER⁴⁴.

El art. 30 ER exige la concurrencia de dos elementos:

- 1) La *intención* de cometer el crimen, como elemento subjetivo general
- 2) El *conocimiento*, como dolo especial del contexto general. Por conocimiento, se entiende “la conciencia de que existe una circunstancia o se

⁴¹ Cit. AMBOS, K., “Principios generales de derecho penal...”, p.10.

⁴² AMBOS, K., “Article 25. Individual Criminal Responsibility” en O Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, segunda edición, Hart Publishing, Springer, 2008, p.56.

⁴³ Cit. AMBOS, K. “Principios generales de derecho penal...”, p.20

⁴⁴ “Artículo 30 ER. Elemento de intencionalidad

1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento.
2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:
3. En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;
4. En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.
5. A los efectos del presente artículo, por «conocimiento» se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras «a sabiendas» y «con conocimiento» se entenderá en el mismo sentido.”

va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos”⁴⁵. No es necesario que el autor conozca los detalles del plan criminal o que esté de acuerdo con ello sino que basta con saber que existe y que su acción contribuirá a éste⁴⁶.

Ello comporta un doble dolo del autor, que debe saber de la existencia de un acto típico y, además, debe ser consciente de que su contribución forma parte de ese acto. Estos requisitos permiten relacionar los actos individuales del acusado con el contexto general de los crímenes internacionales.

La Sala de Cuestiones Preliminares (en adelante, SCP) en el caso LUBANGA⁴⁷ determinó que podía apreciarse la concurrencia del elemento subjetivo, si se cumple una de las dos alternativas siguientes:

- i) si la persona es [consciente] de que una circunstancia o una consecuencia se producirá en el curso normal de los acontecimientos, o bien;
- ii) si la persona se propone incurrir en una conducta y aportar los medios pertinentes para causar la consecuencia⁴⁸

La sala, además, puntualizó que la *intención* y el *conocimiento*, “requieren de la existencia de un elemento volitivo por parte del sospechoso”⁴⁹. Este «elemento volitivo» abarca tres situaciones: el dolo directo de primer grado, el dolo directo de segundo grado y el dolo eventual”⁵⁰.

⁴⁵ Artículo 30(5) ER.

⁴⁶ Confirmación de Cargos en el Caso MBARUSHIMANA, para.271.

⁴⁷ Caso FISCALÍA V. THOMAS LUBANGA DYILO, SCP, “Decisión sobre la Confirmación de cargos”, n°ICC-01/04-01/06-803, 29.01.2007, (en adelante, Confirmación de Cargos en el caso LUBANGA) para.926.

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ *Ibid.* para.927

⁵⁰ La Sala distinguió entre dos escenarios de dolo eventual: en primer lugar, cuando hay un riesgo sustancial de que se produzcan los elementos objetivos del delito (es decir, en el curso ordinario de

En el mismo sentido se pronunció la SCP en el caso KATANGA añadiendo, sin embargo, una matización respecto al dolo de segundo grado:

*“El elemento volitivo mencionado arriba también abarca [...] a aquellas situaciones en que aunque el sospechoso no tiene la intención de llevar a cabo los elementos objetivos del delito, es consciente de que (la consecuencia) se producirá en el curso normal de los acontecimientos (también conocido como dolo directo de segundo grado), tal como se expresa en el artículo 30(2)(b), segunda parte, del Estatuto.”*⁵¹

Por último, la SCP en la confirmación de cargos en el caso BEMBA mantiene la misma postura⁵².

Esta última decisión de la Corte nos permite introducir dos cuestiones fundamentales. En primer lugar, aunque parezca obvio, el Estatuto no permite la atribución de responsabilidad penal exclusivamente sobre la base de la responsabilidad objetiva, se requiere también la existencia de “un estado de la mente culpable (*actus non facit reum nisi mens rea*) comúnmente conocido como el *mens rea*. Este último se refleja en lo que puede definirse como los elementos subjetivos”⁵³.

En segundo lugar, el art. 30 ER establece expresamente que su aplicación se hará “salvo disposición en contrario (...)”. Es decir, cabe la posibilidad de que para determinados crímenes (e incluso para las distintas formas de responsabilidad) se exijan parámetros subjetivos diferentes a los contenidos en este precepto, que no tienen por qué ser necesariamente complementarios⁵⁴, como tendremos oportunidad de observar más adelante.

eventos), y segundo, cuando el riesgo es bajo, rechazando que esta última figura sea aplicada en sede de la CPI, aunque esta es una cuestión aún controvertida.

⁵¹ Caso FISCALÍA v. GERMAIN KATANGA and MATHIEU NGUDJOLO CHUI, SCP “Decisión sobre la Confirmación de Cargos”, nºICC-01/04-01/07-717, 01.10.2008 (en adelante, Confirmación de cargos en el caso KATANGA), para.530

⁵² Caso Fiscalía v. Jean-Pierre Bemba Gombo, “Decisión en aplicación del art.61(7)(a) y (b)ER”, nºICC-01/05-01/08-424, 15.06.2009 (en adelante, confirmación de cargos en el caso Bemba), para.362.

⁵³ *Ibid.* paras.351 y ss.

⁵⁴ *Id.*

IV. DEL CONCEPTO UNITARIO Y SUBJETIVO DE AUTOR AL CONCEPTO OBJETIVO MATERIAL

Tras esta primera aproximación a la regulación del ER, procede ahora analizar una de las principales problemáticas que se ha derivado de su redacción y que ha tenido una trascendencia fundamental a la hora de atribuir responsabilidad penal individual. Tal y como se desprende de la literalidad del precepto, y como hemos avanzado en el apartado anterior, el art. 25 ER no distingue propiamente entre autores y partícipes.

En este contexto, la jurisprudencia de la CPI se ha posicionado y ha diferenciado entre autores y partícipes aplicando para ello la TDH. De este modo, a través de la adopción de esta teoría, la Corte ha establecido un sistema por el que se delimita la responsabilidad de los distintos intervinientes en el acto criminal en base a su contribución objetiva al crimen, de modo que se ha alejado de la teoría empleada hasta el momento por los Tribunales Penales Internacionales: la imputación de la responsabilidad en base a la doctrina de la ECC.

Para poder comprender este cambio de paradigma, y su impacto en la atribución de responsabilidad penal internacional, a continuación se exponen ambas teorías.

1. LA EMPRESA CRIMINAL COMÚN

La doctrina de la ECC, tal y como ha sido desarrollada por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, y concretamente por el TPIY, se basa en la idea de que un grupo de individuos, que no tienen por qué pertenecer a ninguna estructura administrativa, militar, económica o política, acuerdan libremente cometer de manera conjunta uno o más delitos⁵⁵. Ahora bien, el mero acuerdo para cometer el crimen no

⁵⁵ Véase al respecto, entre otras: Sentencia de apelación en el caso TADIC, para.227; PROSECUTOR V. KRNOJELAC (Appeals Chamber Judgement), n°ICTY- 97-25-A, 17.09.2003, para.31; PROSECUTOR V. VASILJEVIC (Appeals Chamber Judgement), n°ICTY-98-32-A, 25.02.2004, (en adelante, Sentencia de apelación en el caso VASILJEVIC), para.100; PROSECUTOR V. KVOCKA ET AL. (Appeals Chamber Judgement), n°ICTY-98-30/1-A 28.02.2005, (en adelante, Sentencia de apelación en el caso KVOCKA), para.81; PROSECUTOR V. BRDANIN (Appeals Chamber Judgement), n°ICTY-99-36-A, 03.04.2007, (en adelante, Sentencia de apelación en el caso BRDANIN), para.364; PROSECUTOR V. STAKIC (Appeals Chamber Judgement), n°ICTY-97-24-A, 22.03.2006, para.64; PROSECUTOR V. KRNOJELAC (Appeals

es suficiente para que nazca la responsabilidad penal⁵⁶, la teoría de la ECC exige que, tras el pacto inicial, se ejecute el propósito criminal común⁵⁷

Conforme a esta teoría, la responsabilidad penal es imputable “no solamente a la persona que físicamente cometió un crimen, sino también puede extenderse a aquellos que participan, y contribuyen a la comisión del crimen de diversas formas, cuando tal intervención está suficientemente relacionada con el crimen, siguiendo los principios de responsabilidad por complicidad”⁵⁸. A partir de este razonamiento, el TPIY ha entendido que “la empresa criminal común tiene que ser considerada, no como una forma de participación, sino como una forma de autoría”⁵⁹

De este modo, puede afirmarse que la doctrina de la ECC se basa en un concepto subjetivo de autor⁶⁰, donde todas las formas de intervención criminal suponen la imputación de una misma responsabilidad penal individual siempre que se comparta el propósito criminal común.

Chamber Judgement), n°ICTY- 97-25-A, 17.09.2003, (en adelante, Sentencia de apelación en el caso KRNOJELAC), para.883.

⁵⁶ *Cit.* OLÁSOLO, H., “Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional”, p.77.

⁵⁷ En este sentido, la Sala de apelaciones del TPIY en su decisión de 21 de mayo de 2003 sobre la jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso OLDANIC [PROSECUTOR V. MILUTINOVIC (Decision On Dragoljub Ojdanic’s Motion Challenging Jurisdiction – Joint Criminal Enterprise), n°ICTY-99-37-AR72, 21.03.2003, (en adelante, sentencia sobre jurisdicción en el caso OJDANIC), paras.23-26], ha señalado que los conceptos de conspiración y pertenencia a organización criminal se diferencian de la doctrina de la ECC en tanto que esta última es una forma de participación en la comisión del delito.

⁵⁸ TPIY, PROSECUTOR V. SIMIC et al. (Appeals Chamber Judgement), n°ICTY-95-9-A, 28.11.2006, (en adelante, Sentencia de apelación en el caso SIMIC) paras.243 y 265

⁵⁹ TPIY, Sentencia de apelación en el caso KRNOJELAC, paras.30 y 73; Sentencia de apelación en el caso VASILJEVIC, paras. 95, 102 y 111; Sentencia de apelación en el caso KVOCKA, paras. 79 y 91; Sentencia de apelación en el caso BRDANIN, paras. 431, 434 and 444; PROSECUTOR V. KRSTIC (Appeals Chamber Judgement), n°ICTY-98-33-A, 19.03.2004, paras. 134, 137 y 266 a 269; y, PROSECUTOR V. BLASKIC (Appeals Chamber Judgement), n°ICTY-95-14-A, 29.07.2004, para.33.

⁶⁰ ORDRIÓZOLA-GURRUTXAGA, M., “Autoría y participación en Derecho Penal Internacional: los crímenes de atrocidad”, en *Estudios de Derecho Penal y Criminología, dirigidos por Carlos Maria Romeo Casabona*, Editorial Comares, 1ª Ed., Granada, 2015, p.65.

En este sentido, conviene traer a colación la decisión de la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso OJDANIC⁶¹ en la que el Tribunal entendió que de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario y con el art. 7(1) del Estatuto del TPIY⁶²:

1. Los participantes en una ECC son penalmente responsables;
2. La coautoría se basa en la doctrina de la ECC y;
3. Existen tres formas de empresa criminal común, cada una de las cuales tiene sus propios elementos objetivos y subjetivos.

Siguiendo lo anterior, en el caso BLAGOJEVIC y JOKIC se señaló que “Hay varias formas en las que una persona puede participar en una empresa criminal conjunta:

- (i) cometiendo personalmente el crimen convenido, como autor principal,
- (ii) asistiendo al autor principal en la comisión del crimen acordado como co-perpetrador, esto es facilitando la comisión del crimen con la intención de llevar a cabo la empresa,
- (iii) actuando para promover o hacer avanzar un sistema particular, en el que el crimen es cometido en razón de la posición o función de autoridad del acusado y con conocimiento de la naturaleza de ese sistema y la intención de promover el sistema”⁶³.

De este modo, pueden clasificarse las distintas ECC en tres categorías:

i. PRIMERA CATEGORÍA: “BÁSICA”

Las sentencias de apelación en los casos KVOCKA, VASILJEVIC Y TADIC⁶⁴, coinciden en entender que en la primera categoría de co-perpetradores, todos ellos

⁶¹ Sentencia sobre jurisdicción en el caso OJDANIC, paras.21 y 29.

⁶² “Artículo 7. Responsabilidad penal individual: 1. *Quienquiera haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, es individualmente responsable de dicho crimen.*”

⁶³ TPIY, PROSECUTOR V. BLAGOJEVIC (Appeals Chamber Judgment), n°ICTY-02-60-A, 09.05.2007, para.365

⁶⁴ *Vid. Supra.* nota 5; al respecto también, VAN SLIEDREGT, E., “The Curious Case of Intenational Liability”, en *Journal on International Criminal Justice*, vol. 10, n° 5,2012, pp. 1171-1187

tienen exactamente la misma intención de cometer el hecho delictivo y llevar a cabo el propósito criminal común. Por lo tanto, todos los que se encuentran en esta situación son coautores por tener un mismo nivel de intencionalidad. Esta categoría no presenta mayores dificultades.

ii. SEGUNDA CATEGORÍA: ‘SISTEMÁTICA’

Esta segunda categoría “requiere *el conocimiento* personal de [que se pertenece a] un sistema organizado con un propósito criminal y *la intención* de seguir adelante con el propósito criminal de este sistema”⁶⁵. Estas ECCs se caracterizan por la existencia de un sistema criminal organizado, al que pertenece el acusado y con el que comparte el propósito criminal. Esta segunda categoría o clase de responsabilidad está pensada, en particular, para los campos de concentración o detención⁶⁶, aunque no tiene por qué ceñirse exclusivamente a este ámbito. En este sentido, el TPIY señaló en el caso LIMAJ ET AL.:

*“En el segundo tipo, que comprende los llamados casos de ‘campo de concentración’, (o empresa criminal conjunta) sistemática, el acusado tiene conocimiento de la naturaleza del sistema de represión, en cuya aplicación participa, y la intención de avanzar el diseño común concertado para maltratar a los internos de un campo de concentración (...).”*⁶⁷

iii. TERCERA CATEGORÍA: ‘EXTENDIDA’

Esta categoría supone la imputación de responsabilidad por los crímenes cometidos más allá del estricto plan común pero que son considerados como una consecuencia natural y previsible del propósito criminal⁶⁸. En esta categoría el *mens rea* exigido es doble; por un lado, el acusado debe “tener la intención de participar y contribuir con el propósito criminal común”; y, por otro lado, también debe “tener

⁶⁵ TPIY, PROSECUTOR V. KRAJISNIK (Appeals Chamber Judgement), n°ICTY-00-39-A, 17.03.2009, para.163

⁶⁶ TPIY, PROSECUTOR V FATMIR LIMAJ (Judgment on Sentencing Appeal), n°ICTY-03-66-A, 27.09.2007, para.156

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ Sentencia de apelación en el caso TADIC, paras.202-204; Sentencia de Apelación en el caso STAKIC, para.65.

conocimiento de que dicho crimen podía ser perpetrado por un miembro del grupo, y voluntariamente haber tomado el riesgo de que el crimen pudiera ocurrir al unirse o continuar participando en la empresa”⁶⁹

Como en cualquier otro sistema penal, para atribuir responsabilidad penal conforme a la doctrina de la ECC, no es suficiente con probar los requisitos anteriores, sino que será necesario probar también la concurrencia del elemento subjetivo. A saber:

- La intención compartida entre todos los participantes de efectuar el plan común que conlleva la comisión de un crimen
- Que el acusado, incluso si no cometió personalmente el crimen, pretendiera el resultado.

De hecho, en el marco de la ECC, el análisis del *mens rea* de quien cometió los actos criminales tiene especial relevancia, dado que conforme a esta doctrina es el elemento distintivo entre autores y partícipes. En este sentido, en la sentencia de primera instancia en el caso KVOCKA⁷⁰ se afirma que quienes participan en una ECC, aún sin llevar a cabo personalmente ninguno de los elementos objetivos del tipo, pueden ser penalmente responsables:

- (i) bien como coautores, si contribuyen a la ejecución del plan común compartiendo el deseo de hacer realidad el propósito criminal común, es decir, con dolo directo de primer grado, o bien;
- (ii) como partícipes si llevan a cabo su contribución sin dicha intención, pero a sabiendas de que su conducta facilitará la ejecución del propósito criminal común⁷¹.

⁶⁹*Id.*

⁷⁰ TPIY, PROSECUTOR V. KVOCKA ET AL. (Judgement), n°CTY-98-30/1-T, 02.11.2001, , (en adelante, sentencia de primera instancia en el caso KVOCKA), para.168; al respecto, véase AMBOS, K., “Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility” (2007), en *Journal of International Criminal Justice.*, n°5, p. 174; también, VAN SLIEDREGT, E., “The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International” Humanitarian Law, TMC Asser Press, La Haya, 2003, p.351.

⁷¹ Sentencia de primera instancia en el caso KVOCKA, paras.240 a 273.

De ahí, que en el marco de esta teoría, a la hora de determinar el grado de participación, la contribución objetiva prestada para llevar a cabo el propósito criminal común no es un factor relevante⁷², puesto que lo determinante es que dicha contribución se preste con la intención de llevar a cabo el propósito criminal común⁷³. Como veremos con detalle más adelante, esta es la principal diferencia entre el posicionamiento adoptado por los tribunales *ad hoc* y la CPI, y que ha dado lugar a dos sistemas de responsabilidad totalmente distintos.

Por último, solo queda mencionar que el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante, TPIR) ha suscrito la jurisprudencia del TPIY, aplicando también la doctrina de la ECC, en particular, en la sentencia de apelación en el caso NTAKIRUTIMANA⁷⁴, la decisión dictada por la Sala de apelaciones en el caso KAREMERA⁷⁵ y la sentencia de apelación en el caso GATUMBITSI⁷⁶, para afirmar que, conforme al derecho internacional consuetudinario y al art. 6(1) del Estatuto del TPIR, la coautoría se construye de acuerdo con esta doctrina.

⁷² Sentencias de apelación en el caso TADIC, paras. 228 y 229, Sentencia de apelación en el caso VASILJEVIC, para.100, Sentencia de apelación en el caso KVOCKA, paras.97 y 98, Sentencia de apelación en el caso BRDANIN, para.263

⁷³ Véase, entre muchas otras: Sentencias de apelación en el caso TADIC, para.228; Sentencia de apelación en el caso KMOJELAC, para.84; Sentencia de apelación en el caso VASILJEVIC, para.97, Sentencia de apelación en el caso KVOCKA, para.82.

⁷⁴ TPIR, PROSECUTOR V. ELIZAPHAN NTAKIRUTIMANA AND ELIZAPHAN NTAKIRUTIMANA (Appeals Chamber Judgement), n°ICTR-96-10-A, 13.12.2004, paras.462 a 468.

⁷⁵ TPIR, PROSECUTOR V. KAREMERA (Appeals chamber decision on jurisdictional appeals: joint criminal enterprise), n°ICTR-98-44-AR72.5, 12.04.2006, para.13.

⁷⁶ TPIR, PROSECUTOR V. GACUMBITSI (Appeals Chamber Judgement), n°ICTR-2001-64-A, 07.07.2006, para.158.

2. LA TEORÍA DEL DOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO

Como ya se ha adelantado, la Corte, en su jurisprudencia, ha examinado desde parámetros distintos la atribución de responsabilidad penal individual, optando por la TDH que se fundamenta, como veremos a continuación, en el análisis de la contribución objetivo-material al hecho criminal. Ésta, de hecho, es la teoría objetivo-material del concepto de autor más extendida en los sistemas continentales nacionales⁷⁷.

Si bien inicialmente fue planteada por WELZEL⁷⁸, quien la elabora y redefine en gran medida es ROXIN⁷⁹. En términos generales, conforme a esta teoría, autores son aquellos que dominan la comisión del delito en cuanto que deciden *si el delito será cometido y como será cometido*⁸⁰. La mayoría de los autores que apoyan la teoría del dominio del hecho afirman que combina:

- a) un elemento objetivo: las circunstancias de hecho que otorgan el control sobre el delito; y
- b) un elemento subjetivo: el conocimiento de dichas circunstancias⁸¹.

⁷⁷ OLÁSOLO, H., “El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata” en *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, n°27, 2009, p.85.

⁷⁸ WELZEL, H., “Studien zum System des Strafrechts”, 1939, ZSTW, pp.491-466.

⁷⁹ ROXIN, C., “Täterschaft und Tatherrschaft (7ª ed., Berlín, Gruyter, 2000); traducción al español: Autoría y dominio del hecho en derecho penal, 6º ed., Madrid, Marcial Pons, 1998, pp.122 y ss.

⁸⁰ OLÁSOLO, H., “El impacto de la primera jurisprudencia de la Corte Penal Penal Internacional en la Distinción entre Autoría y Participación en la Comisión de Crímenes de Guerra conforme al Derecho Penal Internacional”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, n°83, p.97.

⁸¹ *Ibid.*

Partiendo de la base del dominio del hecho como elemento distintivo entre la autoría y la participación⁸², según la jurisprudencia de la CPI⁸³ este “es un concepto abierto, que se desarrolla en tres líneas principales”:

1. en la autoría directa o inmediata como “control de la acción”;
2. en la autoría mediata como “control de la voluntad” y
3. en la coautoría como “co-dominio funcional del hecho”⁸⁴.

Como concepto abierto⁸⁵, esta teoría no sólo se manifiesta en estas tres líneas, sino que pueden presentarse simultáneamente, como ocurre, por ejemplo, en el caso de la coautoría mediata y que se analizará en apartados posteriores.

⁸² Confirmación de cargos en el caso KATANGA, paras.484-486; Confirmación de cargos en el caso LUBANGA, paras.333-338.

⁸³ Confirmación de cargos en el caso KATANGA, para.485; Confirmación de cargos en el caso LUBANGA, para. 332; al respecto, véase también ROXIN, C., “Täterschaft und Tatherrschaft”, pp.122 y ss.

⁸⁴ *Cit.* OLÁSOLO, H. “El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata”, p.85.

⁸⁵ *Cit.* ROXIN, C., “Täterschaft und Tatherrschaft”, pp.122 y ss.

V. LA INTERPRETACIÓN DE LA CORTE DEL ARTÍCULO 25 ER A LA LUZ DE LA TEORÍA DEL DOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO

1. LA EXISTENCIA DE UNA JERARQUÍA

Una de las cuestiones más controvertidas, y básica en el marco de este trabajo, viene integrada por la determinación de la posible jerarquía entre los distintos apartados que conforman el art. 25 ER. Como ya hemos adelantado, el art. 25 ER no diferencia entre autores y partícipes de forma expresa, sino que se limita a enumerar distintas formas de intervención criminal.

Ello ha llevado a que se haya defendido que no existe graduación alguna en el Estatuto y que, por tanto, el nivel de responsabilidad exigible para cada forma de participación es el mismo⁸⁶. La literalidad de la norma es el argumento principal que apoya esta postura, como han puestos de manifiesto, por ejemplo, el magistrado FULFORD⁸⁷ o la magistrada VAN DER WYNGAERT⁸⁸ en sus respectivos votos particulares. Asimismo, se ha entendido que también avala esta posición el hecho de que a la hora de imponer la pena el grado de participación no sea determinante, con lo que se justifica la ausencia de necesidad de esta clasificación jerárquica⁸⁹.

Sin embargo, está no es la postura que ha adoptado mayoritariamente la Corte. En este sentido, interpretando el art. 25(3) conforme a la TDH, tanto la SCP⁹⁰ como la Sala de Primera Instancia (en adelante, SPI)⁹¹ han apreciado que en dicho precepto se contemplan distintas formas de intervención criminal, que se pueden agrupar en dos grandes categorías: los autores y los partícipes. Cada categoría exige un grado de

⁸⁶ *Cit.* Voto particular del Juez ADRIAN FULFORD, para.6; *Cit.* Opinión separada de la magistrada SILVIA FERNÁNDEZ DE GURMENDI, páras.30-34.

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ *Id.*, Aunque la magistrada no ha suscrito la interpretación amplia del concepto comisión adoptada por el juez FULFORD, quien entiende que todos los incisos del art. 25(3) contemplan distintas formas de comisión delictiva.

⁸⁹ Véase, sin embargo, los artículos 78 ER, y las regla 75 y 145(1)(c) del Reglamento de Procedimiento y Prueba que señalan que para determinar la pena se consideran “todos los factores relevantes” entre ellos el grado de participación.

⁹⁰ Confirmación de cargos en el caso KATANGA, paras.484 y 486; Confirmación de cargos en el caso LUBANGA, para.320.

⁹¹ Sentencia de condena en el caso LUBANGA, para.926 y ss.

contribución distinto⁹², que vendrá determinado por la exigencia de diferentes conductas objetivo-materiales⁹³. En los apartados posteriores se analizarán estas cuestiones con más profundidad.

2. FORMAS DE AUTORÍA

La autoría supone, propiamente, la comisión del Crimen⁹⁴. Ello significa, siguiendo la TDH, que el acusado lleva a cabo una contribución esencial: aquella que se hace indispensable para que se cometa el crimen. En sentido negativo, puede decirse que es esencial aquella contribución que, de no haberse producido, no habría tenido lugar el crimen o sería sustancialmente distinto⁹⁵.

Señala el art. 25 (3) ER:

“De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”

Como ya se ha apuntado, se ha interpretado que, conforme a la TDH, esta norma contiene distintas formas de autoría:

i. EL AUTOR DIRECTO O INMEDIATO

El autor directo es el que “con los elementos requeridos por el tipo subjetivo del crimen de que se trate, lleva a cabo personalmente los elementos objetivos del tipo”⁹⁶. Por tanto, se referiría a la persona que, según el artículo 25(3)(a) del Estatuto de Roma, comete el delito *por sí solo*. Se considera que tiene el dominio del hecho porque es aquel que “sustenta el control de la acción” al ser él mismo quien realiza

⁹² Confirmación de cargos en el caso MBARUSHIMANA”, paras.277 y 281-283.

⁹³ *Cit.* ROXIN, C., “Täterschaft und Tatherrschaft”, pp.122 y ss.

⁹⁴ *Cit.* OLÁSOLO, H., “El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata”, p.85.

⁹⁵ *Cit.* ROXIN, C., “Täterschaft und Tatherrschaft”, pp.125 y ss.

⁹⁶ CASSESE, A., “International Criminal Law”, Oxford, Oxford University Press, 2ª ed, 2008, p.180; *Cit.* OLÁSOLO, H., “Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional”, p.129.

materialmente el tipo penal⁹⁷. Esta primera categoría se corresponde con la del autor que es ejecutor material del crimen y por ello no plantea mayor dificultad, aunque resultará infrecuente su aplicación por la CPI.

ii. AUTOR MEDIATO

Según AMBOS⁹⁸, la autoría mediata supone que la persona que ejecuta el delito puede ser utilizada como un instrumento o herramienta ("Werkzeug") por el autor mediato, quien actúa como cerebro o "hombre detrás" ("Hintermann").

Lógicamente, tras el análisis de las características de los Crímenes competencia de la Corte y el objetivo de ésta, el desarrollo de la autoría mediata ha sido fundamental a la hora de elaborar un sistema de atribución de responsabilidad penal que permita considerar como autores aquellos que se encuentran alejados de la comisión material de los hechos criminales, pero que, de hecho, son responsables directos de lo que acabará ocurriendo.

De este modo, la jurisprudencia de la CPI ha considerado autor mediato a aquella persona que, sin ejecutar personalmente los elementos objetivos del tipo, controla la comisión del delito porque utiliza al autor directo como un instrumento sometido al control de su voluntad dominante⁹⁹. La Corte utilizó por primera vez el concepto de autor mediato en la decisión por la que se emite la orden de arresto, dictada por la SCP II en el caso BEMBA¹⁰⁰. Esta doctrina fue acogida y desarrollada por la decisión de confirmación de cargos en el caso KATANGA¹⁰¹.

⁹⁷ *Cit.* OLÁSOLO, H., "El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata", pp.85 y ss.

⁹⁸ *Cit.* AMBOS, K., *Cit.* AMBOS, K. "Principios generales de derecho penal...", p.5.

⁹⁹ *Cit.* OLÁSOLO, H., "El impacto de la primera jurisprudencia de la Corte Penal ...", p.98.

¹⁰⁰ Caso FISCALÍA V. JEAN PIERRE BEMBA GOMBO, SCP II, "Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest Against Jean Pierre Bemba Gombo" n° ICC-01/05-01/08-14, 10-06-2008, (en adelante, Orden de arresto en el caso BEMBA), paras.53 -55 y 69-84.

¹⁰¹ Confirmación de cargos en el caso KATANGA, paras.490

Según la anterior jurisprudencia, esta figura se encuentra amparada en la regulación del artículo 25(3)(a) ER cuando se refiere a la comisión del delito “por conducto de otro, sea este o no penalmente responsable”. Conviene destacar, respecto a esta última expresión, que la jurisprudencia de la Corte¹⁰² ha entendido, como no podía ser de otra forma, que la autoría mediata podría aplicarse tanto si el autor directo era penalmente responsable como si no lo era, esto es, en los supuesto conocidos en el DPI como *Perpetrator behind the Perpetrator* (*Täter hinter dem Täter*)¹⁰³.

iii. COAUTORÍA

El art. 25.3.a ER prevé que:

*“De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la Comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: cometa ese crimen por sí solo, **con otro** o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”.*

Se regula así la posibilidad de la “coautoría”, es decir, la comisión de un delito por más de un autor.

De este precepto se desprende que, en el caso de coautoría, para que uno de los coautores sea penalmente responsable, no hace falta que el otro o los otros también lo sean. Es decir, que en el hipotético caso que el crimen fuera cometido por dos personas, pero por un motivo expresamente regulado por el estatuto uno de ellos no fuera responsable (p.ej.: error de hecho del art. 32 ER), la no responsabilidad de uno, no impediría que el otro si fuera responsable.

ROXIN afirma que en el caso de la coautoría, el dominio del hecho, es un dominio funcional¹⁰⁴. Además entiende que la coautoría está integrada por dos elementos: un elemento objetivo, que consiste en la realización conjunta del hecho

¹⁰² Confirmación de cargos en el caso KATANGA, párrafo 496

¹⁰³ *Cit.* ROXIN, C., “Täterschaft und Tatherrschaft”, pp. 122 y ss

¹⁰⁴ *Id.*

delictivo y un elemento subjetivo, que exige la existencia de un acuerdo/plan común¹⁰⁵.

El acuerdo común es determinante para delimitar esta forma de autoría del resto de formas de responsabilidad puesto sin el acuerdo o plan no existe coautoría, sino autoría mediata en la que sólo uno de los intervinientes conoce la colaboración, mientras que el otro obra “a ciegas”. Resulta también trascendental este elemento para distinguir la coautoría de otras formas de responsabilidad accesorias (participación), dado que si ninguno de los intervinientes conoce la totalidad del plan, no podemos hablar de coautoría¹⁰⁶. En relación a este aspecto, la jurisprudencia de la CPI ha ido más allá, al considerar que este elemento subjetivo podría apreciarse incluso cuando el acuerdo sea tácito o en supuestos en los que éste, el acuerdo, se constata en fase de ejecución. Por tanto, no se exige un acuerdo previo expreso.

Respecto a lo anterior, ROXIN mantiene que:

*“es, en primer lugar, coautor todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido”*¹⁰⁷.

De este modo, hay coautoría cuando el/los sujeto/s pueden desbaratar -o alterar sustancialmente- todo el plan retirando su contribución al hecho (dominio funcional). Así pues, para apreciar esta forma de autoría se requiere que el sujeto tenga el dominio funcional y que su aportación se lleve a cabo en la fase ejecutiva. Es decir, que los coautores realicen su aportación esencial, la que corresponde a cada uno de ellos según la distribución funcional acordada, y de ese modo realicen conjuntamente el delito.

¹⁰⁵ CASSESE, A., GAETA, P., JONES, J., (cords.), “The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary”, Oxford, Oxford University Press, 2002 p. 268.

¹⁰⁶ *Cit.* OLÁSULO, H., “El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata”, p.85 y ss.

¹⁰⁷ *Cit.* ROXIN, C., “Täterschaft und Tatherrschaft”, pp. 122 y ss.

En el mismo sentido, AMBOS¹⁰⁸ entiende que la coautoría se caracteriza por una división funcional de las acciones delictivas entre los diferentes coautores, que habitualmente están interrelacionados por un plan común o acuerdo. Todo coautor realiza cierta tarea que contribuye a la comisión del delito, sin la cual la comisión no sería posible. El plan común o acuerdo es la base de una aportación recíproca de contribuciones que supone que ambos coautores son responsables del delito en su integridad (suma de aportaciones).

La SCP ha afirmado en su decisión de confirmación de cargos en el caso LUBANGA, que existe una estrecha relación entre el criterio para distinguir entre autoría y participación y el criterio para dar contenido al concepto de coautoría¹⁰⁹, ya que en ambos casos estamos ante manifestaciones del concepto de autor que ha sido adoptado mediante la TDH, como se ha visto anteriormente.

Es por ello que la construcción de la coautoría en el ER es fundamental a la hora de comprender el sistema de responsabilidad adoptado por la CPI. En este sentido, la SCP, en el caso LUBANGA, ha sostenido que:

*“El concepto de coautoría adoptado por el artículo 25(3)(a) del estatuto mediante la referencia a la comisión de un delito 'con otro' debe ser coherente con la elección de la doctrina del dominio del hecho como criterio distintivo entre autores y partícipes.[...]”*¹¹⁰

Siguiendo la lógica anterior, la jurisprudencia de la CPI entiende que la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho "tiene su fundamento en el principio de división de tareas para la comisión del delito entre dos o más personas que actúan de manera concertada", de manera que "si bien ninguno de los coautores tiene el control sobre el delito en su conjunto porque todos dependen del resto para su consumación, cada uno de ellos comparte dicho control porque se encuentra en

¹⁰⁸ Cit. AMBOS, K., “Principios Generales de Derecho Penal en el Estatuto...” Pg. 9.

¹⁰⁹ Confirmación de cargos en el caso LUBANGA, para.327.

¹¹⁰ Ibid. paras. 340-341

posición de frustrar su comisión mediante la omisión de la función que le ha sido encomendada”¹¹¹.

De esta manera, sólo si todos y cada uno de los coautores realizan su contribución de manera coordinada se producirá la consumación del delito¹¹².

iv. ESPECIAL REFERENCIA A LA AUTORÍA A TRAVÉS DE ESTRUCTURAS ORGANIZADAS DE PODER

Como consecuencia de todo lo anterior, y como forma principal de imputación de responsabilidad penal individual, surge la “autoría (o coautoría) mediata a través de Estructuras Organizadas de Poder (en adelante, EOP)”, con un gran impacto en la jurisprudencia de la CPI.

En relación a esta cuestión, la SCP II¹¹³ ha advertido que esta teoría resulta particularmente aplicable en DPI, dadas las particulares circunstancias en que se cometen los crímenes internacionales¹¹⁴. No queremos ignorar, sin embargo, el impacto que tiene a nivel nacional, pues ha sido aplicada con cierta regularidad en relación con delitos cometidos a través de estructuras estatales (en particular la policía y el ejército) o grupos armados organizados que se caracterizan por tener una marcada organización jerárquica¹¹⁵.

Según ROXIN, el dominio de la voluntad en el que se basa la autoría mediata puede referirse a los casos en que el sujeto de detrás, el *Hintermann* domina el curso del suceso con auxilio del poder superior de un aparato organizado que tiene a su disposición. De este modo, esta modalidad consiste en la utilización de una “maquinaria personal”-casi siempre organizada estatalmente- para cometer los

¹¹¹ *Ibid.* para. 338

¹¹² *Ibid.* Paras. 329, 335, 337, 338 y 341.

¹¹³ Orden de arresto en el caso BEMBA, paras. 53 -55 y 69-84.

¹¹⁴ *Cit.* OLÁSULO, H., “El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata”, p.89 y ss

¹¹⁵ AMBOS, K. (coord.), GIL Y GIL, A., GUZMÁN, J.L., MALARINO, E. Y MEININ, I., “Imputación de los crímenes del subordinado al dirigente: Un estudio comparado”, Uniandes, Bogotá, 2008, p.253.

crímenes sin que sea necesario confiar su realización a la decisión autónoma del ejecutor¹¹⁶.

Se trata de una organización que “funciona automáticamente, ignorando la persona individual del ejecutor”¹¹⁷, pues esta última es fungible. El carácter de remplazable del ejecutor es fundamental y, además, es un dato del que es consciente el *Hintermann* pues “sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan en la realización de los delitos elude cumplir su cometido, inmediatamente otro va a suplirle, sin que se afecte así la ejecución del plan global”¹¹⁸. De este modo, si bien no falta ni la libertad ni la responsabilidad del ejecutor directo -que habría de responder como autor culpable y de propia mano pues tiene capacidad para negarse a ejecutar el hecho- ello no influye en el dominio del hecho por parte del autor mediato porque, desde su posición, el subordinado-ejecutor no se presenta como una persona individual libre y responsable, sino como una figura anónima y sustituible¹¹⁹.

La jurisprudencia de la SCP en el caso KATANGA, ha adoptado esta posición y, por ello, ha señalado que los requisitos exigidos para apreciar la existencia de una EOP son¹²⁰:

a) La existencia de una organización jerárquicamente organizada a la que pertenezcan tanto los líderes (políticos o militares) acusados, como los autores directos de los crímenes que se imputan¹²¹. Esta organización se caracteriza porque:

- Sus miembros tienen un carácter fungible. De este modo, si se niegan a cumplir con las órdenes de cometer los crímenes emitidas por

¹¹⁶ *Cit.* ROXIN, C., “Täterschaft und Tatherrschaft”, p.268.

¹¹⁷ *Ibid.* 122 y ss.

¹¹⁸ *Ibid.* p.270

¹¹⁹ *Ibid.* p.217

¹²⁰ *Cit.* OLÁSULO, H., “El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata”, pp.91 y ss.

¹²¹ Confirmación de cargos en el caso KATANGA, paras.511 y 112.

los dirigentes, pueden ser remplazados por otros miembros de la organización que las ejecuten en su lugar¹²²

- Existe “un cumplimiento casi automático de las órdenes”¹²³

- Tiene un número “importante” de integrantes, o bien, en caso de que el número sea más reducido, los miembros han sido sometidos a entrenamientos particularmente estrictos y violentos¹²⁴

b) El dirigente tiene el control *de facto* de la organización, y lo utiliza para asegurar la comisión de los delitos¹²⁵, en el sentido de que:

- Las órdenes que emite son cumplidas habitualmente por sus subordinados de forma cuasi automática. Ahora bien, la jurisprudencia ha entendido que este control también se puede manifestar a través de su capacidad de “contratar, entrenar, imponer medidas disciplinarias y proveer de recursos a sus subordinados”.

- Tiene el control de la voluntad del autor directo independientemente de qué subordinado llevé a cabo finalmente los hechos. Ello solo puede entenderse, si recordamos que los subordinados tienen un carácter fungible, reemplazable.

- Desde la perspectiva de los subordinados, se entiende que estos mantienen su autonomía y control material sobre los crímenes, en tanto que deciden por voluntad propia si finalmente los perpetran, pues, en principio, tienen la posibilidad de negarse a cumplir las órdenes del dirigente¹²⁶.

Según la SCP, en la decisión de confirmación de cargos en el caso LUBANGA¹²⁷, en aquellos casos en que la organización no cumple los requisitos anteriores, no puede afirmarse el control de la voluntad de los subordinados por parte del dirigente que dicta las órdenes, es decir, su dominio del hecho. Por tanto, según afirma la SCP, en

¹²² *Ibíd.* paras.512 y 515 a 118

¹²³ *Id.*

¹²⁴ Confirmación de cargos en el caso Katanga, para. 118

¹²⁵ *Cit.* OLÁSULO, H., “El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata”, pp. 91 y ss.

¹²⁶ Confirmación de cargos en el caso Katanga, para. 118

¹²⁷ Confirmación de cargos en el caso Lubanga, para. 517

estos casos deberá considerarse al dirigente como un mero partícipe que, a través de sus órdenes, indujo a sus subordinados a cometer los crímenes.

3. LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN

Habiendo hecho un análisis de las principales formas de autoría, y su impacto en la atribución de responsabilidad penal internacional, sólo resta hacer ahora un breve resumen de las formas de participación, centrándonos en el análisis de los casos vistos hasta la fecha por la CPI.

Partícipe es aquel que no tiene el dominio funcional del hecho¹²⁸, por tanto, aquel que interviene en la comisión del crimen pero no tiene control sobre él. La contribución exigida será, por tanto, distinta a la contribución esencial que se exige a los autores. Es por ello que, tal como han reiterado las SCPs en las decisiones de confirmación de cargos en los casos KATANGA y LUBANGA, “la falta de coordinación impediría la atribución a la persona de que se trate de las contribuciones realizadas por quienes llevan a cabo directamente los elementos del tipo objetivo del delito”¹²⁹, como, sin embargo, si ocurre en el caso de la autoría.

i. ORDEN, SOLICITUD E INDUCCIÓN

El art. 25(3)(b) ER prevé que aquel que "ordene, proponga o induzca" la comisión del delito será penalmente responsable, siempre y cuando se haya producido la consumación del crimen o se haya alcanzado al menos el grado de tentativa¹³⁰. Según OLÁSOLO, esta categoría resultará aplicable, básicamente, en aquellos casos en los que “debido a las pequeñas dimensiones, o al carácter no jerárquico, de las

¹²⁸ Cit. ROXIN, C., “Autoría y dominio del hecho en Derecho penal”, p.88

¹²⁹ Confirmación de cargos en el caso KATANGA, para.524; Confirmación de cargos en el caso LUBANGA, para.346.

¹³⁰ Art.25(3)(d): “De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:
b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa”

organizaciones a través de las que operan ciertos líderes políticos o militares, el concepto de autoría mediata mediante el uso de EOP no sea aplicable”¹³¹.

La diferencia entre *ordenar*, por un lado, y *proponer* o *inducir*, por otro, se encuentra en la existencia (en el caso de *ordenar*) de una relación de superioridad jerárquica que es utilizada por quien ocupa una posición de autoridad para convencer o coaccionar al subordinado para que cometa el crimen¹³². De este modo, con el fin de distinguir estos supuestos de los que constituyen formas de autoría mediata en EOP, AMBOS propone los siguientes criterios¹³³:

- Si falta alguno de los requisitos de la EOP, pero existe una estructura jerárquica en cuyo seno el superior ha dado una orden de contenido criminal, nos encontraremos ante el subtipo *ordenar*.
- En caso de que no exista estructura jerárquica o de que el superior actúe al margen de ella se aplicaría *proponer* o *inducir*.

Por otro lado, es relevante la distinción entre las nociones de *instigar* e *inducir*, ya que como se verá más adelante la conducta de “instigar” puede, en ocasiones, dependiendo de la concurrencia de determinadas circunstancias, integrar un supuesto de los incluidos en el artículo 25(3)(c) ER. Así pues, *instigar* a la comisión de un delito significa, entre otras cosas “ordenar, alentar, rogar o incitar a otra persona a realizar determinada conducta tipificada penalmente”¹³⁴. Mientras que *inducir* integra una conducta con un alcance menos preciso. Significa, fundamentalmente, influir en otra persona para que cometa un crimen¹³⁵.

En todo caso, la distinción entre estas dos conductas *instigar* o *inducir*, va a depender de la concurrencia de determinadas circunstancias fácticas como el poder de

¹³¹ Cit. OLÁSULO, H. “El impacto de la primera jurisprudencia de la Corte Penal ...”, p.100

¹³² AMBOS, K., “Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung”, Berlín, Duncker & Humblot, 2002, p. 569

¹³³ Ibid. pp.569 y 645; véase también, RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO J.L., “Los principios generales del derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 75, enero – junio 2000, p.140.

¹³⁴ Cit. AMBOS, K., “Principios generales de derecho penal...”, p.6

¹³⁵ Id.

convicción de la persona y de la capacidad de decidir de aquel a quien se dirige. Por ello, deberá analizarse a la luz de cada caso.

ii. **COMPLICIDAD, ENCUBRIMIENTO, COLABORACIÓN**

El art. 25(3)(c) ER señala que será penalmente responsable quien:

*“c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea **cómplice o encubridor o colabore de algún modo** en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión”*

En este precepto, por tanto, se incluyen tres formas de participación: la complicidad, el encubrimiento y la colaboración. Todas ellas tienen en común dos aspectos, de una lado, requieren de la concurrencia del “propósito de facilitar la comisión de ese crimen”, como un elemento subjetivo especial. Por otro lado, precisan que se inicie la ejecución del delito, sin que sea necesario que llegue a consumarse.

La vaga redacción de este precepto (y los errores de traducción), así como la falta de pronunciamientos suficientes de la Corte, plantean dificultades en su interpretación. Podríamos resumir las cuestiones que se han suscitado en torno a esta forma de participación del siguiente modo:

En primer lugar, no queda claro si este precepto exige una contribución “directa”. En segundo lugar, la doctrina se encuentra dividida en relación a la posibilidad de la participación omisiva conforme a este artículo. Por último, se ha cuestionado también si la participación por *encubrimiento* (en fase de ejecución) puede ser interpretada como una “omisión de denunciar”.

Respecto a la primera cuestión, en esta forma de atribución de responsabilidad el inciso analizado del art. 25 ER no exige que la cooperación sea *directa*, como si ocurría, por ejemplo, en el Proyecto de Código de Crímenes contra

la Paz y la Seguridad de la Humanidad¹³⁶. Sin embargo, la CPI parece haber resuelto esta cuestión. En este sentido, la SPI de la CPI en su reciente sentencia en el caso LUBANGA ha confirmado la jurisprudencia del TPIY, TPIR¹³⁷, requiriendo que la contribución sea, en estos supuestos, *sustancial*:

*“[P]ara incurrir en responsabilidad principal se requiere “objetivamente” una contribución superior a la exigida para incurrir en responsabilidad accesorio. Si los **partícipes** deben haber tenido “un efecto sustantivo en la comisión del delito” para ser responsables, los coautores deben entonces, de acuerdo con una interpretación sistemática de esta disposición, haber tenido algo más que un efecto sustancial.”*¹³⁸

Respecto a la segunda cuestión, mientras que en la conducta activa de cooperación no hay discusión alguna, la doctrina se encuentra totalmente dividida ante la posibilidad de la participación por omisión en las modalidades de *complicidad* y *colaboración* reguladas por el art. 25 (3)(c), especialmente en aquellos casos en que no se impide el delito cometido por otro sujeto. Algunos autores defienden que sí puede haber colaboración por omisión, ya que la regulación que hace el artículo 25(3)c es amplia¹³⁹. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina, basándose en la jurisprudencia de los tribunales ad hoc, entienden que para que ello sea posible es necesario que exista una obligación legal de prevenir el crimen y la capacidad para intervenir (posición de garante)¹⁴⁰.

Por último, respecto a la cuestión relacionada con el “encubrimiento”, conviene destacar, en primer lugar, que la traducción al español del ER no es del todo acertada; la versión en inglés (la auténtica), señala que será penalmente responsable

¹³⁶ Artículo 2: “Individual responsibility, 3. An individual shall be responsible for a crime set out in article 17, 18, 19 or 20 if that individual [...] “(e)Directly participates in planning or conspiring to commit such a crime which in fact occurs”

¹³⁷ Entre otras, Prosecutor v. KALIMANZIRA (Appeals Chamber Judgement), n°ICTR-05-88-A, 20.11.2010, para.370.

¹³⁸ Confirmación de Cargos en el caso LUBANGA, para.340

¹³⁹ FLETCHER, G.P., “Basic Concepts of Criminal Law”, Oxford University Press, Nueva York/Oxford, 1999), pp.628-63; SMITH J.C., HOGAN B., “Criminal Law”, 11ª ed., Butterworths, Londres, 2005, p.76.

¹⁴⁰ VAN SLIEDREGT, E., “Individual Criminal Responsibility in International Law” Oxford university Press, New York, 2012, p.120; CASSESE, A., GAETA, P., “Cassese’s International Criminal Law”, Oxford university Press, 3ª ed., Hampshire, 2013, p.362

conforme el ER, aquel que “(c) *For the purpose of facilitating the commission of such a crime, aids, abets or otherwise assists in its commission or its attempted commission, including providing the means for its commission*” (énfasis añadido). La traducción del vocablo *abet* como *encubrimiento* en español no es del todo correcta, ya que este término significa también instigar, apoyar, incitar...¹⁴¹ y no necesariamente encubrir. Este es un matiz notable, pues el ER sólo castiga las conductas que afectan a la fase de comisión o tentativa de comisión¹⁴². Sin embargo, el encubrimiento se ha referido tradicionalmente a una forma de intervención post-delictiva, una vez el crimen ha sido consumado. De hecho, la posibilidad de enjuiciar conductas post-delictivas fue objeto de debate en las discusiones previas al ER¹⁴³, y la redacción actual del Estatuto parece haber descartado esta posibilidad.

En consecuencia, aceptar el encubrimiento como una conducta que se produce en fase de ejecución supone reconocer la posibilidad de atribuir responsabilidad por omitir la denuncia de la acción criminal.

No obstante, la SCP en la confirmación de cargos en el caso MBARUSHIMANA¹⁴⁴, se ha admitido también la atribución de responsabilidad conforme al inciso 25(3)(d) ER en conductas post-delictivas cuando exista acuerdo previo. En ese sentido, podría caber la posibilidad de aplicar la misma lógica en el caso del apartado 25(3)(c), de modo que cabría apreciar el encubrimiento post-delictivo cuando exista un acuerdo previo.

En definitiva, estas son cuestiones que hasta la fecha solamente han sido abordadas por la doctrina y que deberá resolver la CPI en sus próximas decisiones.

¹⁴¹ *Black's Law Dictionary*, Thomson-West, 8º ed., St.Paul, 2004

¹⁴² Art. 25(3)(c) ER: “[...] *Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión*”

¹⁴³ El Comentario al Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad” también incluye implícitamente la ayuda, la asistencia o los medios facilitados ex post facto (Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 10, A/51/10, p.27, para.12)

¹⁴⁴ Confirmación de Cargos en el caso MBARUSHIMANA, para.285

iii. LA CONTRIBUCIÓN AL PLAN COMÚN DE UN GRUPO

El artículo 25(3)(d) del ER señala que será penalmente responsable quien:

“d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:

- i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte;*
- ii) o a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;*

Se trata pues de una norma que castiga la contribución intencional con un grupo con una finalidad criminal común, siempre que ésta se realice con la intención de llevar a cabo dicho propósito, o a sabiendas de que el grupo tiene esa intención.

Este precepto ha sido uno de los más controvertidos del Estatuto y con más detractores en materia de atribución de responsabilidad. En sus orígenes fue objeto de un extenso debate¹⁴⁵ que culminó con la adopción de un texto prácticamente idéntico al contenido en el artículo 2(5)(c) del Convenio Sobre Terrorismo¹⁴⁶.

Tal y como se indicó más arriba, las críticas que ha merecido esta norma han sido muchas y de calado. En primer lugar, se ha señalado el carácter amplio e indefinido del precepto, llegando incluso a calificarlo de “superfluo”¹⁴⁷, “innecesario

¹⁴⁵ Al respecto, ESER, A, “Individual Criminal Responsibility” en CASSESE, A, GAETA P. JONES J (coords.) *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, .pp.767-822 y p.802.

¹⁴⁶ CONVENIO INTERNACIONAL PARA LA REPRESIÓN DE LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO. Resolución A/RES/54/109 de 9 de diciembre de 1999. Art. 5: “Comete igualmente un delito quien[...](c) Contribuya a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1 ó 4 del presente artículo por un grupo de personas que actúe con un propósito común. La contribución deberá ser intencionada y hacerse:

i) Ya sea con el propósito de facilitar la actividad delictiva o los fines delictivos del grupo, cuando esa actividad o esos fines impliquen la comisión de un delito enunciado en el párrafo 1 del presente artículo; o

ii) Ya sea con conocimiento de la intención del grupo de cometer un delito enunciado en el párrafo 1 del presente artículo.”

¹⁴⁷ MILITELLO, V., “The peronal nature of Individual Criminal Responsibility and the ICC Statue”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol.5, núm 4, 2007, pp.941-952.

e inconsistente”¹⁴⁸. Se ha indicado asimismo que su redacción no toma en consideración “las categorías dogmáticas básicas”¹⁴⁹, y denota una clara “falta de pericia legislativa en la dogmática penal”¹⁵⁰. Incluso, autores como OHLIN, han concluido que la única solución posible pasa por su modificación¹⁵¹. En segundo lugar, también se ha reprochado al precepto examinado su excesiva vinculación a los planteamientos de la doctrina de la ECC¹⁵².

Sin embargo, lejos de cumplirse los nefastos presagios augurados por la doctrina, el artículo 25(3)(d) ha sido y sigue siendo uno de los preceptos que cuenta con más desarrollo jurisprudencial. Sin ir más lejos, buena cuenta de ello lo da la reciente sentencia de Condena dictada por la SPI en el caso KATANGA, de fecha 7 de Marzo de 2014. De nuevo, el papel de la CPI como intérprete auténtico del ER ha sido fundamental para arrojar luz sobre la confusión generada por este inciso del art. 25 ER, puesto que ha venido a aclarar no sólo la naturaleza de esta forma de participación sino también ha identificado los elementos que la conforman.

A) LA NATURALEZA DEL ARTÍCULO 25(3)(D)

En relación a esta cuestión la CPI se ha pronunciado en el sentido de otorgar a esta forma de participación un carácter claramente residual. Así, en la decisión anteriormente citada, la Sala señaló de forma expresa que la contribución “de alguna otra forma” a la que se refiere el art. 25(3)(d) ER integra una forma residual de participación –como había sido defendido por gran parte de la doctrina hasta el

¹⁴⁸ MANTOVANI, F., “The General Principas of internatonal Criminal Law: The Vierpoint of a matinal Criminal Lawyer”, en *Journal of International Ciminal Jsutice*, vol. 1, núm. 1, 2003, pp. 26-38.

¹⁴⁹ Cit. AMBOS, K., ““Article 25. Individua...” pp.743-770.

¹⁵⁰ ESER, A., “Individual...”, p.803.

¹⁵¹ OHLIN, J.D., “Joint Criminal Confusion”, en *New Criminal Law Review*”, vol.12, nº3, 2009, pp.406-491, p.408.

¹⁵² FLETCHER, G.P., OHLIN, J. D., “Reclaming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol.3, nº3, 2005, pp.539-561, p.550; JESSEBERGER, F., GENEUSS, J., “On the Applciation of a Theory of Indirect Perpetration in *Al Bashir*. German Doctrine at The Hague?” en *Journal of International Criminal Justice*, vol.6, nº5, 2008, pp.853-869, p.865.

momento¹⁵³-, cuyo fin no es otro que el de permitir a la Corte juzgar aquellos partícipes cuya contribución no pueda encajar en las categorías de “complicidad” o “encubrimiento” en el sentido del artículo 25(3)(d)ER¹⁵⁴.

Este posicionamiento claro de la Corte vine a confirmar la postura adoptada por la mayoría de la CPI respecto a la interpretación del artículo 25(3) ER al ratificar la existencia de una jerarquía entre las distintas formas de responsabilidad previstas en el Estatuto, asumiendo, de ese modo, las implicaciones que resultan de ello.

Junto a esta consecuencia capital, la naturaleza atribuida por la jurisprudencia a esta forma residual y subsidiaria de participación permite concluir lo siguiente:

- i. Que la responsabilidad conforme a este artículo siempre será subsidiaria a la responsabilidad exigida conforme al resto de sub-apartados y, por tanto, la contribución objetiva al plan criminal necesariamente será menor.
- ii. Que, de aceptarse una jerarquía entre las distintas formas de contribución al crimen contenidas en el art. 25 ER, está se deriva de la naturaleza e intensidad objetivo-material de la aportación de los distintos intervinientes al plan criminal y ello no puede llevarse a cabo a partir de los postulados defendidos por la ECC.

Respecto a esta última cuestión, la Sala ha querido ir más allá, y se ha pronunciado sobre las controversias suscitadas hasta el momento. Así, ha querido diferenciar esta forma de intervención criminal de la prevista en la ECC y empleada por los tribunales *ad hoc*. En esta dirección ha señalado que el partícipe del art. 25(3)(d) únicamente será responsable de aquellos crímenes a los que efectivamente contribuya, y no de todos aquellos que forman parte o se derivan del propósito

¹⁵³ Al respecto, véase entre otros, KISS, A., “La contribución en la comisión de un crimen por un grupo de personas en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional”, en *InDret. Revista para el análisis del derecho*, 2/2013; *Cit.* AMBOS, K. “Principios generales de derecho penal...”, p.8; *Cit.* OLÁSOLO, H., “Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional” pp.678 y ss.

¹⁵⁴ Caso FISCALÍA V. GERMAIN KATANGA, SPI II “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, nºICC 01/04-01/07, 07.03.2014, (en adelante, Sentencia de Condena en el caso KATANGA), para. 1618

criminal común¹⁵⁵. De este modo, la CPI ha marcado la diferencia respecto a los postulados defendidos por la doctrina de la ECC. En consecuencia, la sala se reafirma en la lógica anterior: el artículo 25(3)(d) es una forma residual de participación y no una forma de extensión de la autoría a cualquier forma de intervención criminal.

B) ELEMENTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS

(1) Elementos Objetivos

Según la jurisprudencia establecida por las decisiones relativa a las órdenes de comparecencia de la SCP en los casos SANG y ALI, la decisión de confirmación de cargos de la SCP en el caso MBARUSHIMANA, y confirmada por la SPI en el caso KATANGA, los elementos objetivos requeridos (en términos generales) por el art. 25(3)(d) son¹⁵⁶:

- (i) La comisión, o tentativa de comisión, de un crimen competencia de la Corte;
- (ii) La comisión de este crimen por un grupo de personas actuando con un plan o propósito común y;
- (iii) que el acusado haya contribuido de forma distinta a lo previsto para el resto de formas de autoría y participación previstas en el artículo 25.3 ER.

(i) La comisión o tentativa de comisión del delito

Según la SPI en la condena del caso KATANGA, para atribuir responsabilidad conforme al artículo 25(3)(d) es necesario que se haya probado la comisión de un crimen competencia de la Corte, así pues, debe haberse establecido (en una decisión

¹⁵⁵ Sentencia de Condena en el caso KATANGA, para. 1619

¹⁵⁶ Confirmación de Cargos en el caso MBARUSHIMANA, para. 285; caso FISCALÍA V. RUTO, KOSGEY Y SANG, SCP, “Decision on the prosecutor’s application for summonses to appear for William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang”, n°ICC-01/09-01/11-01, 08-3-2001, (en adelante, ORDEN DE COMPARECENCIA EN EL CASO RUTO Y SANG), para.51; Caso FISCALÍA V. MUTHUARA, KENYATTA, Y ALI, SCP, “Decision on the prosecutor’s application for summonses to appear for Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali), n°ICC- 01/09-02/11-01, 08-03-2001, (en adelante, ORDEN DE COMPARECENCIA EN EL CASO MUTHAURA, KENYATTA Y ALI) para. 47; Sentencia de Condena en el caso LUBANGA, paras. 996-999.

de la Corte) que se dan tanto los elementos objetivos como subjetivos, contextuales y específicos del Crimen o Crímenes a cuya comisión contribuyó el acusado¹⁵⁷. Además, será necesario determinar la responsabilidad principal de la persona que cometió el crimen, y no la del grupo en su conjunto¹⁵⁸.

Este es, sin duda, un matiz que merece ser destacado pues, de nuevo, viene a esclarecer dos cuestiones fundamentales. Por un lado, confirma que la Corte únicamente puede valorar la responsabilidad en términos individuales, no grupales. En este sentido, resulta lógico que si la comisión de un crimen sólo puede imputarse a la actuación de una persona “natural”, la responsabilidad principal deberá recaer únicamente sobre esa persona y no sobre el conjunto del grupo. Por otro lado, subraya la necesidad de probar una responsabilidad principal individual, exigencia plenamente lógica a la vista de los planteamientos de la TDH. La responsabilidad del partícipe, propia del inciso ahora estudiado, no puede sustentarse sin la previa identificación del autor principal con quien colabora.¹⁵⁹.

Junto a lo anterior, la Corte insiste en la necesidad de probar que cada crimen fue intencionalmente cometido por una o más personas, ya sea de forma directa o indirecta, no siendo suficiente probar genéricamente el propósito criminal del grupo al que auxilió el partícipe¹⁶⁰. De este modo, como se indicaba más arriba, la CPI se vuelve a distanciar de la teoría de la ECC, según la cual la contribución del partícipe podría dirigirse tanto a los delitos cometidos o previsibles, como al propósito común del grupo¹⁶¹.

Como ya se ha indicado, a diferencia de lo que sostenía gran parte de la doctrina al señalar que este artículo nos remitía a la teoría de las ECC como forma de imputación de responsabilidad criminal en sede de una organización, la interpretación

¹⁵⁷ Sentencia de Condena en el caso KATANGA, para.1622

¹⁵⁸ *Ibid.* para.1623

¹⁵⁹ SMITH J.C., HOGAN B., “Criminal Law”, p.165.

¹⁶⁰ Sentencia de Condena en el caso KATANGA, para. 1625

¹⁶¹ OLÁSOLO, H., “Joint Criminal Enterprise and its Extended Form: a Theory of Co-Perpetration Giving Rise to Principal Liability, a Notion of Accessorial Liability, or a Form of Partnership in Crime?”, 2009, en *Criminal Law Forum*, vol. 20, n.º.2, 2009, p. 282, nota 80

que ha hecho la jurisprudencia del art. 25(3)(d)ER se aleja de esta concepción en tanto que exige que la contribución se refiera a un crimen determinado.

Para concluir con este elemento resta solamente examinar si resulta posible admitir esta forma de participación cuando no se alcanza la consumación del delito. La SPI en el caso KATANGA no se ha pronunciado acerca de la posibilidad de contribuir en los términos previstos en el artículo 25(3)(d) ER cuando el crimen tan sólo alcanza la fase de tentativa¹⁶². Sin embargo, esta cuestión ya ha sido resuelta por el propio ER, dado que el artículo examinado prevé de forma expresa esta posibilidad¹⁶³. A este respecto, OLÁSOLO señala que:

*“Los apartados (b), (c) y (d) del art. 25(3) ER señalan expresamente que la responsabilidad penal a título de partícipe surge tan pronto como se alcanza la etapa de ejecución del delito, sin importar si sus elementos objetivos son finalmente realizados. Esto marca una diferencia importante entre el ER y la jurisprudencia de los TPIY, TPIR y CESL, según la cual planificar, instigar, ordenar y cooperar sólo dan lugar a responsabilidad penal en el caso de que los delitos hayan sido consumados”*¹⁶⁴.

Siendo ello posible, lo dificultoso aquí será determinar hasta qué punto se puede contribuir de forma “significativa” a la comisión del crimen en fase de tentativa, pero ésta es una cuestión que corresponde al ámbito de la prueba.

(ii) El plan o propósito común del grupo y la pertenencia a él

Respecto a este elemento, la SPI ha entendido que, dada la literalidad de la norma, es *conditio sine qua non* para la aplicación del artículo 25(3)(d), por un lado, la existencia de un grupo con un propósito común y, por otro lado, que los autores del Crimen (al cual el acusado contribuyó) pertenezcan a ese grupo, ya sea a todo o a parte de él¹⁶⁵.

¹⁶² Sentencia de Condena en el caso KATANGA, para.1621.

¹⁶³ Artículo 25(3)(d) ER: “[...]Contribuya de algún otro modo en la comisión **o tentativa de comisión del crimen**”.

¹⁶⁴ Cit. OLÁSOLO, H., “Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional”, p.679.

¹⁶⁵ Sentencia de Condena en el caso KATANGA, para.1624.

En relación a la noción de “propósito común”, la SPI se ha basado en la jurisprudencia del TPIY¹⁶⁶, así como en decisiones anteriores de la CPI¹⁶⁷. Ahora bien, antes de proseguir, es importante advertir que no debe confundirse el rechazo de la doctrina de la ECC, con la interpretación de la Sala del concepto de “finalidad común” conforme a la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*. En este sentido, la Sala¹⁶⁸ entiende que el plan o propósito común del grupo se define en los mismos términos que el plan común en la coautoría por dominio funcional prevista en el art 25(3)(a) ER y que, para interpretar este elemento, la argumentación empleada por los tribunales *ad hoc* resulta conforme con el ER. Así pues, siguiendo esta doctrina jurisprudencial, la Sala ha entendido que no es necesario que el plan o propósito se dirija necesariamente a la comisión de un crimen, sino que es suficiente con que incluya un elemento de criminalidad¹⁶⁹.

En otras palabras, según la SCP¹⁷⁰, y como ha confirmado la SPI, no es necesario que los miembros del grupo actúen con el objetivo compartido y directo de cometer el crimen (dolo directo de primer grado), sino que será suficiente con que, la comisión sea una consecuencia necesaria (dolo directo de segundo grado) o probable y mutuamente aceptada (dolo eventual) de la ejecución del plan o propósito común¹⁷¹. Cuestión a la que ya nos hemos referido en apartados anteriores.

¹⁶⁶ Sentencia de Condena en el caso KATANGA, para.1625, refiriéndose a la Sentencia de apelación en el caso TADIC, paras.185-226. De este modo, la Sala entiende que la definición de esta expresión no afecta a la coherencia del ER y que se basa en el análisis del derecho consuetudinario

¹⁶⁷ Confirmación de cargos en el caso MBARUSHIMANA, para.271, en el que se refiere a la confirmación de cargos en el caso LUBANGA, paras.343-344.

¹⁶⁸ Sentencia de Condena en el caso KATANGA, para.1627.

¹⁶⁹ *Cit.* OLÁSULO, H., “Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional”, p.680.

¹⁷⁰ Entre otras, Sentencia de Condena en el caso LUBANGA, paras. 981-984; Confirmación de cargos en el caso LUBANGA, paras.368-382.

¹⁷¹ Sentencia de Condena en el caso KATANGA, para.1630.

Por otro lado, en relación a la necesidad de que el autor del crimen “pertenezca al grupo” la SPI ha señalado que:

*“en tanto que el art 25(3)(d) ER prevé una responsabilidad como partícipe en un crimen que se produjo como consecuencia de la acciones concertadas de un grupo de personas, debe establecerse que las personas que cometieron el crimen, en cualquiera de las formas enumeradas en el art 25(3)(a), pertenecían al grupo.”*¹⁷²

En consecuencia, siguiendo con la idea de que la responsabilidad como partícipes del acusado es el resultado de la comisión de un crimen por un grupo, será necesario que las personas que cometieron el crimen, efectivamente, pertenezcan a ese grupo. Sin embargo, la cuestión a dilucidar es si la persona acusada de contribuir a la comisión del crimen, según la forma de participación ahora analizada debe ser, por el contrario, ajena a la organización¹⁷³.

En relación a este segundo requisito, la cuestión más controvertida hasta la fecha se encuentra en determinar si la persona acusada bajo al art. 25(3)(d) ER debía ser una persona ajena al grupo. Algunos autores así lo han entendido¹⁷⁴. Sin duda esta conclusión resulta a todas luces lógica si se interpreta esta forma de responsabilidad penal individual a partir de los postulados defendidos por la teoría de las ECC. Sin embargo, la Corte no ha optado por este modelo de imputación de responsabilidad.

En otras palabras, si la Corte interpretará el artículo 25(3) ER en base a la doctrina de la ECC, la limitación de la contribución a los miembros ajenos al grupo tendría todo el sentido, pues dicha teoría considera coautores a todos aquellos que comparten el propósito común y realizan contribuciones significativas, aunque no esenciales. Así, quien contribuye de forma significativa y comparte el propósito común es coautor únicamente podrán quedar excluidos de esa categoría aquellos que contribuyan al plan criminal siendo ajenos al grupo.

¹⁷² Sentencia de Condena en el caso KATANGA, para.162; Confirmación de cargos en el caso MBARUSHIMANA, opinión disidente de la Magistrada Mmasenono Monageng's, para.55.

¹⁷³ Sentencia de Condena en el caso KATANGA, para.1631.

¹⁷⁴ *Cit.* AMBOS, K., “Article 25...”, p.746; *cit.* OHLIN, J.D., “Joint Criminal Confusion...” pp.394-398.

Frente a esta interpretación, en la acogida por la Corte, basada en la TDH, la pertenencia o no al grupo no aporta nada. Tal y como ha señalado la SPI¹⁷⁵ de forma expresa, la responsabilidad del acusado también puede establecerse bajo este artículo, incluso cuando forma parte del grupo. Con ello, la SPI ha seguido la jurisprudencia establecida por la SCP en el caso MBARUSHIMANA¹⁷⁶, y ha corroborado la postura de autores como KISS¹⁷⁷ o OLÁSOLO¹⁷⁸.

(iii) *La contribución*

Otra de las cuestiones controvertidas fruto de la aplicación de la TDH es el grado de contribución exigible en base al art. 25(3)(d).

Para determinar lo anterior, la SCP I en el caso MBARUSHIMANA¹⁷⁹ se basó en el sistema de gradación en la entidad de las aportaciones que, desde su punto de vista, se exige en los diferentes apartados del art. 25(3) ER¹⁸⁰. Al respecto, esta Sala ha interpretado que en el caso de la autoría o coautoría regulada en el art. 25(3)(a) ER se exige una contribución *esencial*, mientras que para las formas de participación de los apartados (b) y (c) del art. 25 ER se requiere una contribución menor, de carácter, *sustancial*.

Por último, siguiendo esta misma jurisprudencia, la expresión “algún otro modo de contribución” del art. 25(3)(d) ER denota claramente la función residual -de cierre- de este precepto. Sin duda, la contribución exigida por este sub-apartado debe entenderse como un aporte inferior al *sustancial*, que debe calificarse como *significativo*. En opinión de la Sala, adoptar esta noción permite perseguir aquellas conductas con eficacia respecto a la comisión delictiva, toda vez que excluye la

¹⁷⁵ Sentencia de Condena en el caso KATANGA, para.1631.

¹⁷⁶ Confirmación de cargos en el caso MBARUSHIMANA, paras.272-275.

¹⁷⁷ *Cit.* KISS, A. “La contribución en la comisión de un crimen...” p.29; *Cit.* OLÁSOLO, H., “Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional”, p. 680

¹⁷⁸ *Id.*

¹⁷⁹ Confirmación de cargos en el caso MBARUSHIMANA, paras.279

¹⁸⁰ *Ibid.*, para.279. Ver también en el mismo sentido, WERLE, G., ‘Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute’, en *Journal of International Criminal Justice*, n° 953, vol.5, 2007, p.957.

responsabilidad respecto a aquellas contribuciones mínimas que no merecen ser penalmente relevantes para el DPI¹⁸¹.

Si bien debe destacarse que esta interpretación no ha resultado siempre pacífica. Así, la SCP II no exigió, en sus decisiones de orden de comparecencia y confirmación de cargos en los casos SANG y ALI, que la aportación al crimen alcanzara el grado de *significativa* para ser penalmente relevante conforme al art. 25(3)(d) ER¹⁸². En el mismo sentido se posicionó la Magistrada SILVIA FERNÁNDEZ DE GURMENDI en su voto particular a la decisión de la Sala de Apelaciones de 30 de mayo de 2012¹⁸³.

Con todo, la postura adoptada por la SCP I representa la opinión de la mayoría y es la que ha acogido la Corte, vistas las sentencias más recientes¹⁸⁴. Véase en esta misma línea, la SPI en el caso KATANGA en el que ha optado por seguir el criterio de la SCP I, exigiendo una contribución *significativa*.

Una vez aclarada la cuestión anterior, hay que dotar de contenido la noción de contribución *significativa*. Con ese fin, la SPI señaló que:

*“Por contribución significativa, la Sala quiere poner énfasis en **la contribución que puede tener eficacia en la comisión del delito**. Las conductas intrascendentes e inmateriales para la comisión del delito no pueden, por lo tanto, ser consideradas suficientes, y constituir una contribución en el sentido del artículo 25(3)(d) del Estatuto”*¹⁸⁵

Para la SPI, y siguiendo de nuevo la jurisprudencia establecida por las SCPs, es necesario que la contribución del acusado esté conectada a la comisión del crimen, y no sólo con las actividades del grupo. Además, no es necesario que la comisión del

¹⁸¹ Confirmación de cargos en el caso MBARUSHIMANA, paras.281-283.

¹⁸² Caso FISCALÍA V. RUTO, KOSGEY Y SANG, SCP, “Decision on the confirmation of charges”, n°ICC-01/09-01/11-373, 23-01-2011, (en adelante, Confirmación de cargos en el caso RUTO Y SANG) paras. 156 y ss.

¹⁸³ Opinión disidente de la jueza SILVIA FERNÁNDEZ DE GURMENDI en la Confirmación de cargos en el caso MBARUSHIMANA, para.30-34

¹⁸⁴ Sentencia de Condena en el caso Katanga, para.1630 y ss.

¹⁸⁵ *Id.*

delito dependa o resulte de esta contribución, siendo suficiente con que hayan sido eficaz, en el sentido de influir en “*la ocurrencia del delito y/o la forma de su comisión*”¹⁸⁶.

En consecuencia, es obvio que será necesario un análisis caso por caso para poder determinar el grado de contribución del acusado y si se puede considerar *significativa*. En este sentido, es importante destacar que, en línea con lo que venimos argumentando, la proximidad al crimen no es un criterio relevante para valorar la eficacia de la aportación. Según ha manifestado la SPI:

*“De hecho, en el derecho penal internacional el foco principal de las investigaciones y los procesamientos son aquellos que, mientras se encuentran distantes, ya sea física, estructural o causalmente de los autores materiales de los crímenes, de forma indirecta son quienes han cometido o facilitado su comisión, en virtud de la posición que ostentaban, por lejos que se hallaran de los hechos materiales”*¹⁸⁷.

(2) Elementos Subjetivos

Como se ha visto anteriormente, los elementos subjetivos exigidos por el art 25(3)(d) deben distinguirse de los requeridos por el art. 30 ER, tal y como ha indicado la SPI en el caso KATANGA¹⁸⁸. Es importante esta aclaración pues parte de la doctrina, entre ellos, ESER y OHLIN, habían defendido lo contrario¹⁸⁹.

En este sentido, debe destacarse que cabe la posibilidad de apreciar la responsabilidad criminal del acusado aun cuando no sea den los requisitos del art 30 ER¹⁹⁰. Ello, no obstante, no impide que para definir los términos *intención* y *conocimiento* sea oportuno hacer referencia a la jurisprudencia de las Salas sobre el art 30 ER, como ya se ha encargado de señalar la SPI¹⁹¹.

¹⁸⁶ *Id.*

¹⁸⁷ Sentencia de Condena en el caso KATANGA, para.1636.

¹⁸⁸ *Ibid.* para.1637.

¹⁸⁹ *Cit.* ESER, A., “Individual...”, p.803; *cit.* OHLIN, J.D., “Joint Criminal Confusion...” pp.417-418.

¹⁹⁰ *Decision on the confirmation of charges in Mbarushimana*, para. 289; *cit.* WERLE, G., ‘Individual Criminal...’, p. 971.

¹⁹¹ Sentencia de Condena en el caso KATANGA, para.1637.

(i) *La intención*

La *intención* implica que el acusado pretendía llevar a cabo su conducta. Sin embargo, no se exige ningún tipo de intención respecto al impacto que tiene dicha conducta en la comisión del crimen por parte del grupo¹⁹². El límite a una interpretación demasiado extensiva de este artículo, que incluirá cualquier tipo de conducta consciente, se encuentra en los requisitos posteriores del precepto, que exigen un *dolus specialis*.

(ii) *Finalidad de desarrollar el plan o propósito común del grupo, o conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito*

Los sub-apartados (i) y (ii) del art. 25(3) (d) ER introducen un segundo elemento subjetivo, de carácter alternativo, que actúa como *dolus specialis* para atribuir responsabilidad. En estos epígrafes, se exige que el acusado haya actuado con intención y, además, con la finalidad de contribuir al propósito criminal del grupo, o bien, siendo consciente (“a sabiendas”) de que con su conducta estaba contribuyendo a la comisión del crimen por el grupo¹⁹³.

Al respecto, la SPI ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la segunda de las alternativas en el caso KATANGA¹⁹⁴. En esta ocasión señaló que “*el acusado debe ser consciente de que existía la intención (el propósito criminal) cuando desempeñó la conducta que constituye su contribución.*”¹⁹⁵.

¹⁹² Confirmación de cargos en el caso MBARUSHIMANA, para.288; Orden de comparecencia en el caso RUTO, Y SANG, para.51; Orden de comparecencia en el caso MUTHAURA, KENYATTA Y ALI, para.47; Sentencia de Condena en el caso KATANGA, para.1638.

¹⁹³ Sentencia de Condena en el caso KATANGA, paras.1634-1640.

¹⁹⁴ *Id.*

¹⁹⁵ *Ibid.* para.1641.

Por último, conviene destacar la reflexión efectuada por la SPI, en relación a que el análisis del conocimiento debe efectuarse caso por caso, siendo insuficiente el conocimiento de la acción criminal en general:

*“El conocimiento de tal circunstancia debe ser establecida para cada delito específico y el conocimiento de una intención delictiva general no será suficiente para probarlo, ya que el mandato del artículo 25(3)(d)(ii) exige que el acusado sepa de la intención del grupo de cometer cada uno de los delitos que forman parte del propósito común. Para generar la responsabilidad como partícipe, el conocimiento del acusado debe inferirse de los hechos pertinentes y circunstancias del caso y estar conectado a la intención del grupo, como se define en el artículo 30(2)(b) del Estatuto, de cometer los delitos específicos.”*¹⁹⁶

Esta reflexión nos lleva de nuevo a la naturaleza y competencia de la Corte y a la distinción entre la ECC y la TDH a que nos hemos referido en numerosas ocasiones, en tanto que, de nuevo, condiciona la responsabilidad del partícipe a la responsabilidad del autor del crimen.

Por último, es destacable la diferencia entre el elemento subjetivo exigido por el art. 25(3)(d) ER y el exigido por el art. 25(3)(c) que, en todo caso, exige la finalidad de contribuir a la comisión del crimen.

En definitiva, vistas las características del inciso estudiado, la utilidad de esta forma de atribución de responsabilidad es evidente. En primer lugar, requiere de menos pruebas objetivas y subjetivas, con lo que se facilita la tarea de identificación y enjuiciamiento de los potenciales máximos responsables. Además, recordemos que conforme a la regla 145(1)(c), la forma de participación es un factor a tener en cuenta a la hora de aplicar la pena, pero no el único, con lo que atendiendo a la gravedad o variedad de crímenes también podría llegar a aplicarse una pena severa conforme este precepto. La función de cierre del sistema de atribución individual de responsabilidad de este apartado del art. 25 ER, permite incluir en su ámbito las conductas de todos aquellos que participaron de forma consciente e intencionada en la perpetración de crímenes de suma gravedad que, sin embargo, conforme a las teorías tradicionales de

¹⁹⁶ *Ibid.* para.1642.

imputación de responsabilidad penal, no responderían o lo harían de forma muy limitada. Ello se encuentra claramente ligado a la finalidad misma de la CPI, y de ahí que el inciso examinado haya sido aplicado en numerosas ocasiones.

Junto a este objetivo, la interpretación ofrecida por la CPI del inciso (d) del art. 25(3) ER en el sentido de requerir que la contribución se *significativa* permite evitar vacíos de punibilidad en relación a aportaciones que tienen un impacto eficaz en la comisión del crimen, y que quedarían fuera del resto de apartados del 25(3) ER. Toda vez que permite a la CPI limitar aquellos actos de cooperación o colaboración penalmente relevantes de aquellos otros que no merecen esta calificación en crímenes con las características que hemos visto en apartados anteriores.

VI. CONCLUSIONES

(i) La CPI nace con una finalidad clara “perseguir a los máximos responsables y poner fin a su impunidad”, y para ello adopta un texto, el ER. Sin embargo, como ya se ha puesto de manifiesto en la introducción a este trabajo, esta norma no deja de ser un tratado internacional, esto es, un cuerpo normativo en el que confluyen tradiciones penales muy distintas y, lo que es más importante, posiciones políticas también muy diversas. En esta tesitura, recae en la CPI el deber de dotar de contenido y definir los preceptos del Estatuto, que en muchas ocasiones no son claros, ni pueden serlo. En mi opinión, **es innegable que este Tribunal ha ido configurando un cuerpo de doctrina jurisprudencial que le ha permitido aplicar el ER, y ello, lógicamente, tras un largo proceso de reflexión** necesario para interpretar las normas aplicables e identificar las teorías y construcciones jurídicas más adecuadas a sus objetivos.

(ii) Todo ello, en parte, ha sido posible gracias al trabajo continuado de todos los integrantes de la CPI y, en particular, de los Magistrados que están conociendo de los casos que se sustancian ante ella. Son muchas las incógnitas que suscita esta nueva forma de responsabilidad penal internacional y una de las que mayor trascendencia ha tenido en la evolución de la justicia penal internacional ha sido precisamente la abordada en este trabajo. La identificación de los sujetos que deben responder individualmente por los delitos internacionales contemplados en el ER. Esta cuestión ha sido objeto de tratamiento constante por parte de la CPI y de otros tribunales penales especiales. En ese sentido, tras la evolución constatada en este terreno, entiendo que **uno de los grandes logros para el DPI ha sido la adopción en la CPI de la TDH**. Y ello por varias razones:

- En primer lugar, no puede negarse que el sistema adoptado por los tribunales *ad hoc* para la atribución de responsabilidad a través de **la doctrina de la ECC, conlleva ignorar las verdaderas implicaciones objetivas de los actos materiales de cada uno de los intervinientes en el hecho criminal**. Desde mi punto de vista, pese a que graduar el alcance de la

contribución al hecho criminal de los distintos intervinientes en los crímenes internacionales podría dificultar el establecimiento de su responsabilidad e ir en detrimento de la finalidad última del DPI -hacer responder a los autores “intelectuales” de los crímenes internacionales- no podemos obviar que la solución adoptada por la CPI supera esta dificultad y lo hace de un modo más garantista. En este sentido, al acoger la jurisprudencia la TDH como doctrina interpretativa de la atribución de responsabilidad penal, asume postulados objetivos y, de ese modo, atribuye a cada interviniente la responsabilidad según su contribución y la capacidad de dominar e interrumpir el crimen.

- Asimismo, si bien la extensión de responsabilidad a todos aquellos que comparten el propósito criminal común que defiende la ECC pudiera parecer la más adecuada para la finalidad misma de la CPI, sin embargo, **la interpretación del art. 25 ER conforme a estos postulados podría llegar a ser contraproducente, y volverse en su contra limitando en demasía el alcance de la responsabilidad penal.** Por dos razones, de un lado, al hacer pivotar sobre el elemento subjetivo la determinación de la responsabilidad penal, tal y como sostiene la teoría ECC, las dificultades de prueba consustanciales al mismo podrían obstruir la labor de las Tribunales Penales Internacionales y dificultar así la atribución de responsabilidad. De otro lado, no debemos olvidar que conforme las premisas de la doctrina de la ECC, para imputar responsabilidad penal es necesario que el propósito común, el delito, se consume. Frente a esta exigencia, para el art. 25(3) ER y la interpretación que de él ha hecho la jurisprudencia conforme la TDH, todos los intervinientes en el crimen serán penalmente responsable desde el momento en que se alcanza la fase de tentativa, con independencia de que el crimen sea o no finalmente consumado.

- Es por todo lo anterior que, en mi opinión, puede resolverse que **la doctrina de la ECC resulta inadecuada y resta garantías al proceso de**

enjuiciamiento y sanción de los delincuentes puesto que olvida uno de los elementos configuradores de la responsabilidad penal y, incluso, podría conducir a consecuencias no deseadas. En cambio, el sistema adoptado por la CPI supera estas dificultades, y amplía el posible el espectro de responsabilidad penal individual, con lo que hace más factible la persecución y enjuiciamiento de los máximos responsables.

(iii) Por otro lado, tras la elaboración de este trabajo, creo importante destacar que no parece apropiado que aquél que tuvo una participación menor en la comisión de un crimen deba responder de la misma forma que el que lo ideó y planificó. Y menos aun cuando, a pesar de compartir el propósito criminal, el impacto de su contribución no fue determinante para la comisión del crimen. Es por ello que considero que la postura de la SCP I, que ha seguido la SPI, acerca de **la existencia de una jerarquía en la configuración del art. 25(3), es la más coherente con los planteamientos más modernos acogidos por la Corte al asumir la TDH como criterio interpretativo del precepto estudiado.**

(iv) En otro orden de ideas, hay que destacar el desarrollo jurisprudencia de la figura de la TDH a través de EOP, que ha dado los instrumentos necesarios para perseguir a los máximos responsables en un contexto de delitos internacionales en los que los autores “intelectuales” se encuentran muy distantes (en todos los sentidos) de aquellos que finalmente ejecutarán el acto criminal. Sin duda, **los postulados de la Corte en este sentido tendrán un gran impacto ya no sólo a nivel internacional, sino también nacional en los casos de criminalidad organizada.**

(v) Como conclusión final, es indudable que el modelo de la CPI es muy distinto tanto de los sistemas internacionales, como nacionales. Es por ello que han sido muchas las ocasiones en que se ha puesto en duda el impacto de la CPI en el DPI. El escaso número de sentencias dictadas hasta la fecha (tres) y la extrema lentitud con la que se sustancian los procesos ante este tribunal internacional han sido objeto de duras críticas. Sin embargo, tras todo lo estudiado, no considero que estas críticas sean

merecidas. Una vez la jurisprudencia ha definido las premisas generales básicas por los que la CPI debe discurrir en la adopción de sus decisiones, puede anticiparse que, previsiblemente, los procesos de enjuiciamiento se verán beneficiados y podrán resolverse de forma más ágil. De hecho, así está ocurriendo. Así pues, si bien es cierto que se han necesitado casi dieciocho años para contar con la primera Sentencia condenatoria emitida por la Corte el 14 de Marzo de 2012 en el caso Lubanga, apenas han transcurrido dos años y ya contamos con la segunda, emitida el 7 de marzo de 2014 en el caso Katanga, y este mismo año con la tercera, la Sentencia de Condena de Jean-Pierre Bemba, de 21 de marzo de 2016. Todo ello nos permite extraer una última conclusión, **ahora que la Corte cuenta, por fin, con un cuerpo normativo sólido, se ha avanzado un paso más en la ardua tarea de cumplir con el objetivo del DPI y la Corte: enjuiciar a todos los responsables de los crímenes más inhumanos.**

VII. BIBLIOGRAFÍA

1. TEXTOS LEGALES

CONVENIO INTERNACIONAL PARA LA REPRESIÓN DE LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO. Resolución A/RES/54/109 de 9 de diciembre de 1999.

ESTATUTO DE ROMA de 17 de julio de 1998. Documento A/CONF.183/9, enmendado por los procès-verbaux de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002.

ESTATUTO DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA JUZGAR A LOS PRESUNTOS RESPONSABLES DE GRAVES VIOLACIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO COMETIDAS EN EL TERRITORIO DE LA EX-YUGOSLAVIA A PARTIR DE 1991. Resolución 827 del Consejo de Seguridad, de 25 de mayo de 1993.

ESTATUTO DEL TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NUREMBERG. Adoptado el 6 de octubre de 1945 en base al “Acuerdo Para El Establecimiento De Un Tribunal Militarinternacional – Carta De Londres”. Publicado el 8 de agosto de 1945.

2. JURISPRUDENCIA

A) CORTE PENAL INTERNACIONAL

- Caso FISCALÍA V. THOMAS LUBANGA DYILO
 - SCP, “Decisión sobre la Confirmación de cargos”, nºICC-01/04-01/06-803, 29.01.2007
 - SPI, “Sentencia conforme al artículo 74 del Estatuto”, nºICC-01/04-01/06-2842, 14.03.2012
 - Voto particular del Juez ADRIAN FULFORD
- Caso FISCALÍA V. CALLIXTE MBARUSHIMANA
 - SCP, “Decisión sobre la confirmación de cargos”, nºICC-01/04-01/10-465-Red, 16.12.2011
 - Opinión separada de la Magistrada Silvia Fernández de Gurmendi

- Opinión disidente de la Magistrada Mmasenono Monageng's
- Caso FISCALÍA V. GERMAIN KATANGA
 - SPI , “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, n°ICC 01/04-01/07, 07.03.2014
- Caso FISCALÍA V. RUTO, KOSGEY Y SANG,
 - SCP, “Decision on the prosecutor’s application for summonses to appear for William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang”, n°ICC-01/09-01/11-01, 08-3-2001
 - SCP, “Decision on the confirmation of charges”, n°ICC-01/09-01/11-373, 23-01-2011
- Caso FISCALÍA V. MUTHUARA, KENYATTA, Y ALI,
 - SCP, “Decision on the prosecutor’s application for summonses to appear for Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali), n°ICC- 01/09-02/11-01, 08-03-2001

B) TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA

PROSECUTOR V. BLAGOJEVIC (Appeals Chamber Judgment), n°ICTY-02-60-A, 09.05.2007

PROSECUTOR V. BLASKIC (Appeals Chamber Judgement), n°ICTY-95-14-A, 29.07.2004

PROSECUTOR V. BRDANIN (Appeals Chamber Judgement), n°ICTY-99-36-A, 03.04.2007

PROSECUTOR V. FATMIR LIMAJ (Judgment on Sentencing Appeal), n°ICTY-03-66-A, 27.09.2007

PROSECUTOR V. KRAJISNIK (Appeals Chamber Judgement), n°ICTY-00-39-A, 17.03.2009

PROSECUTOR V. KRNOJELAC (Appeals Chamber Judgement), n°ICTY- 97-25-A, 17.09.2003

PROSECUTOR V. KRSTIC (Appeals Chamber Judgement), n°ICTY-98-33-A, 19.03.2004

PROSECUTOR V. KVOCKA ET AL. (Appeals Chamber Judgement), n°ICTY-98-30/1-A,
28.02.2005

PROSECUTOR V. KVOCKA ET AL. (Judgement), n°CTY-98-30/1-T, 02.11.2001

PROSECUTOR V. MILUTINOVIC (Decision On Dragoljub Ojdanic's Motion Challenging
Jurisdiction–Joint Criminal Enterprise), n°ICTY-99-37-AR72, 21.03.2003

PROSECUTOR V. SIMIC et al. (Appeals Chamber Judgement), n°ICTY-95-9-A, 28.11.2006

PROSECUTOR V. STAKIC (Appeals Chamber Judgement), n°ICTY-97-24-A, 22.03.2006

PROSECUTOR V. VASILJEVIC (Appeals Chamber Judgement), n°ICTY-98-32-A,
25.02.2004

C) TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA

PROSECUTOR V. ELIZAPHAN NTAKIRUTIMANA AND ELIZAPHAN NTAKIRUTIMANA (Appeals
Chamber Judgement), n°ICTR-96-10-A, 13.12.2004

PROSECUTOR V. GACUMBITSI (Appeals Chamber Judgement), n°ICTR-2001-64-A,
07.07.2006

PROSECUTOR V. KAREMERA (Appeals chamber decision on jurisdictional appeals: joint
criminal enterprise), n°ICTR-98-44-AR72.5, 12.04.2006

D) OTROS TRIBUNALES

- Corte de Israel, “ATTORNEY GENERAL V. ADOLF EICHMANN”, 1968, 36,
ILR, 18

3. DOCTRINA

AMBOS, K., “Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung”, Berlín, Duncker & Humblot, 2002

AMBOS, K. (coord.), GIL Y GIL, A., GUZMÁN, J.L., MALARINO, E. Y MEININ, I., “Imputación de los crímenes del subordinado al dirigente: Un estudio comparado”, Uniandes, Bogotá, 2008

AMBOS, K. “Principios generales de derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, *Temas del derecho penal internacional*, Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 2001

AMBOS, K., “Article 25. Individual Criminal Responsibility” en O Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, segunda edición, Hart Publishing, Springer, 2008, p.56

AMBOS, K., “Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility”, en *Journal of International Criminal Justice*., nº 953, vol.5, 2007

BASSIOUNI, M.C., “The United Nations Commission of Experts Established pursuant to Security Council Resolution 780” (1994) 88 AJIL 784.

CASSESE, A., “International Criminal Law”, Oxford, Oxford University Press, 2ª ed, 2008

CASSESE, A., GAETA, P., “Cassese’s International Criminal Law”, oxford university Press, 3ª ed., Hampshire, 2013

ESER A., “Individual Criminal Responsibility” en A CASSESE/P GAETA/ JONES J(coords.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* , Oxford, Oxford University Press, 2002

FLETCHER, G.P., “Basic Concepts of Criminal Law”, Oxford University Press, Nueva York/Oxford, 199)

FLETCHER, G.P., OHLIN, J. D., “Reclaming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol.3, nº 3, 2005

JESSEBERGER, F., GENEUSS, J., “On the Applciation of a Theory of Indirect Perpetration in *Al Bashir*. German Doctrine at The Hague?”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol.6, nº 5, 2008

- KISS, A., “La contribución en la comisión de un crimen por un grupo de personas en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional”, en *InDret. Revista para el análisis del derecho*, 2/2013
- LIROLA DELGADO, I; MARTÍN MARTÍNEZ, M, “La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad”, Ariel Derecho. Barcelona, 2001
- MANTOVANI, F., “The General Principas of internatonal Criminal Law: The Vierpoint of a matinal Criminal Lawyer”, en *Journal of International Ciminal Jsutice*, vol. 1, núm. 1, 2003
- MILITELLO, V., “The peronal nature of Individual Criminal Responsibility and the ICC Statue”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol.5, núm 4, 2007
- OHLIN, J.D., “Joint Criminal Confusion”, en *New Criminal Law Review*”, vol.12, nº3, 2009
- OLÁSOLO, H., “El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata” (2009) en *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, Nº. 27
- OLÁSOLO, H., “El impacto de la primera jurisprudencia de la Corte Penal Penal Internacional en la Distinción entre Autoría y Participación en la Comisión de Crímenes de Guerra conforme al Derecho Penal Internacional”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, nº83
- OLÁSOLO, H., “Joint Criminal Enterprise and its Extended Form: a Theory of Co-Perpetration Giving Rise to Principal Liability, a Notion of Accessorial Liability, or a Form of Partnership in Crime?”, 2009, en *Criminal Law Forum*, vol. 20, nº.2, 2009
- OLÁSOLO, H., “Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional”, Tirant lo Blanch, 1ª ed., Valencia, 2013, p.39
- ORDRIOZOLA-GURRUTXAGA, M., “Autoría y participación en Derecho Penal Internacional: los crímenes de atrocidad”, en *Estudios de Derecho Penal y Criminología, dirigidos por Carlos Maria Romeo Casabona*, Editorial Comares, 1ª Ed., Granada, 2015
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO J.L, “Los principios generales del derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional” (enero – junio 2000), en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 75

ROXIN, C., “Täterschaft und Tatherrschaft (séptima edición, Berlín, Gruyter, 2000); traducción al español: Autoría y dominio del hecho en derecho penal, 7ª ed., Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2000

SCHABAS, W.A., “An Introduction to the International Criminal Court”, 3ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2010

SMITH J.C., HOGAN B., “Criminal Law”, 11ª ed., Butterworths, Londres, 2005

VAN SLIEDREGT, E., “Individual Criminal Responsibility in International Law”, Oxford university Press, New York, 2012

VAN SLIEDREGT, E., “The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International” Humanitarian Law, TMC Asser Press, La Haya, 2003

VAN SLIEDREGT, E., “The Curious Case of Intenational Liability”, en *Journal on International Criminal Justices*, vol. 10, nº 5, 2012, pp. 1171-1187

VV.AA *Black's Law Dictionary*, Thomson-West, 8º ed., St.Paul, 2004

WELZEL, H., “Studien zum System des Strafrechts”, 1939, ZSTW

WERLE, G., ‘Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute’, en *Journal of International Criminal Justice*, nº 953, vol.5, 2007

4. OTROS DOCUMENTOS OFICIALES

- Asamblea General de las Naciones Unidas
 - Res.nº56/83: “Proyecto de Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobados definitivamente en la 53ª sesión de julio-agosto, 2010” (doc. Nº A/56/10/Supl.10)”, 12.12.2001.
- Consejo De Seguridad de Naciones Unidas:
 - “Preliminary Report of the Independent Commission of Experts in accordance with Security Council Resolution 935 (1994)”, 04.11.1994, nºUN Doc. S/1994/1125;
 - “Final Report of the Commission of Experts Established pursuant to Security Council Resolution 935 (1994)”, 09.12.1994, nºUN Doc. S/1994/1405.

- “Final Report of the Commission of Experts established pursuant to Security Council Resolution 780 (1992)”, 27.04.1994, n° UN Doc. S/1994/674;
- “Annexes to the Final Report of the Commission of Experts established pursuant to Security Council Resolution 780 (1992)”, 28.12.1994, n°UN Doc. S/1994/674/Add.
- “Comentario al Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad”. Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 10, A/51/10
- “Official Records of the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court (Reports and other documents), Documents of the Working Group on General Principles of Criminal Law” *Working papers*. N° U.N. Doc. A/CONF. 183/C.1/L.3 (1998)

